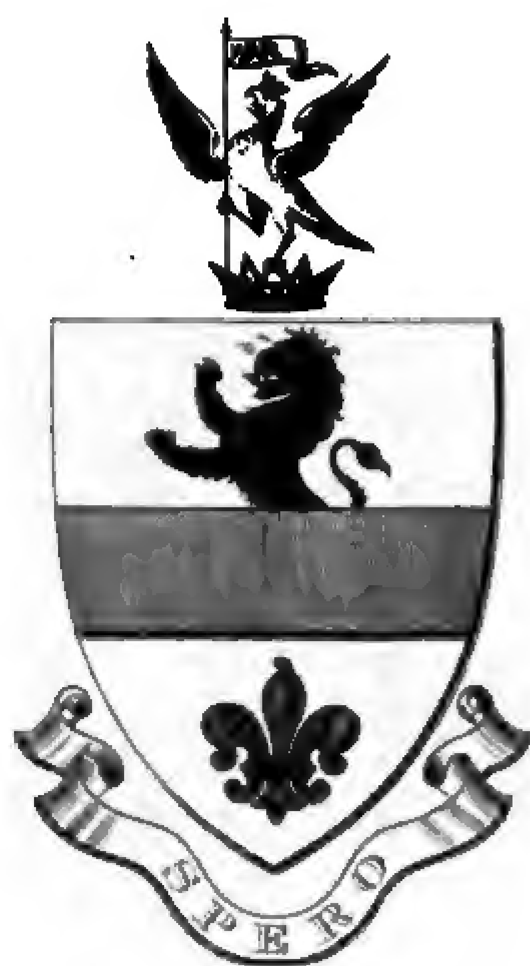
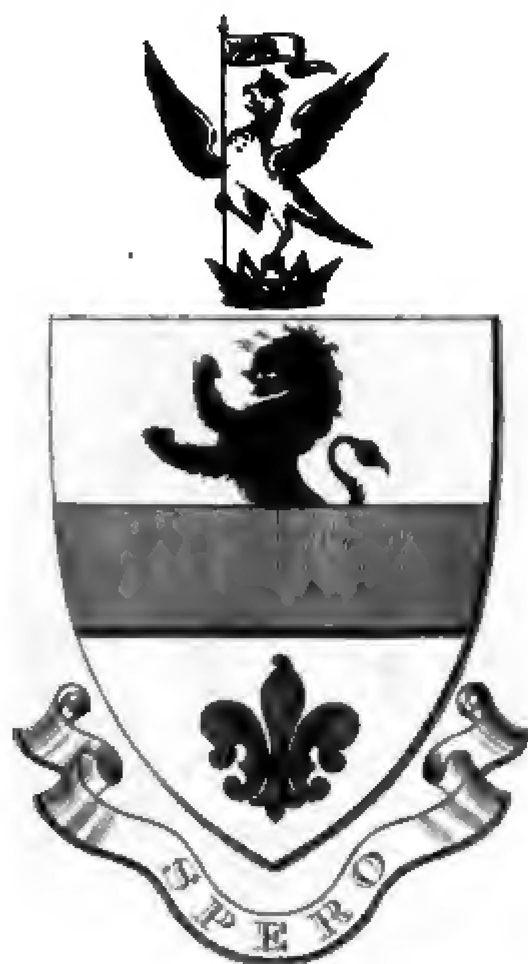


His Honour Judge Chalmers.





His Honour Judge Chalmers.





LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS

AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL

Corbeil. — Typ. et stér. de Crété fils.



LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS

AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL

PAR

M. G. MASSÉ

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

TROISIÈME ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

TOME TROISIÈME

PARIS

GUILLAUMIN ET C[ie], LIBRAIRES

Éditeurs du Journal des Économistes, de la Collection des principaux Économistes,
du Dictionnaire de l'Économie politique,
du Dictionnaire universel du Commerce et de la Navigation, etc.

Rue Richelieu, 14

1874



LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS

ET LE DROIT CIVIL

LIVRE V

DU DROIT CIVIL DANS SES RAPPORTS AVEC LES OBLIGATIONS COMMERCIALES.

Sommaire. — 1430. Objet du livre V. Différentes espèces d'obligations.

1430. L'ordre logique des idées qui nous a conduit, dans la recherche des rapports du droit commercial et du droit civil, à examiner d'abord l'influence du droit civil et du droit commercial sur la personne des commerçants ou de ceux que les opérations commerciales intéressent d'une manière plus ou moins directe (1); et ensuite à exposer les principes relatifs aux biens considérés comme objets de commerce (2), nous met maintenant en présence des obligations qui lient les personnes et les biens, et qui sont la vie humaine, ou plutôt la vie commerciale mise en action.

Une obligation est le devoir imposé à une personne de faire une chose.

(1) Voy. liv. III.
(2) Voy. liv. IV.

Ce devoir est imposé ou par la nature, ou par la loi, ou par la volonté de l'obligé, ou par le fait de l'obligé.

Imposé par la nature, il constitue une *obligation naturelle.* Le droit commercial, considéré comme une branche du droit civil, n'a pas à s'en occuper. Les obligations purement naturelles, qu'on appelle aussi obligations *imparfaites*, sont du ressort du droit des gens ou naturel, et de la morale (1).

Imposé par la loi, ce devoir constitue une *obligation légale.* Par cela même que la loi ordonne, défend ou permet, elle impose le devoir de faire, de s'abstenir ou de laisser faire. Nous avons vu quelle est l'autorité de ces diverses modifications de la pensée légale, et comment la loi atteint ceux qui l'enfreignent (2).

Imposé par la volonté de l'obligé qui consent à se lier ou à s'obliger envers une autre personne, il constitue une *obligation conventionnelle*, en d'autres termes, une *convention* ou un *contrat.*

Imposé par le fait de l'obligé, qui, sans avoir ni l'intention ni la volonté de s'engager envers autrui, ouvre à autrui une action en réparation d'un dommage, ou en restitution d'une chose indûment possédée, il constitue un *quasi-contrat.* L'engagement peut encore résulter, dans ce cas, d'un *quasi-délit.*

Dans le présent Livre, nous ne nous occuperons que de ces deux dernières espèces d'obligations, c'est-à-dire des obligations conventionnelles et des engagements qui se forment sans convention, ou qui résultent d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit ; ce sont les seules dans lesquelles les principes généraux du droit civil peuvent se trouver en contact avec les règles particulières au droit commercial.

(1) Voy. t. I, n. 45 et suiv.
(2) Voy. t. I, n. 67 et suiv.

TITRE I

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES OU CONTRATS.

SOMMAIRE. — 1431. Division du titre I.

1431. Dans l'examen des règles particulières aux contrats en général, je suivrai, à peu de chose près, l'ordre du Code civil. Ce titre se divisera donc en autant de chapitres que le titre du Code auquel il correspond; et chacun de ces chapitres correspondra aux chapitres du Code qui portent le même numéro d'ordre. Les subdivisions des chapitres seront aussi le plus habituellement les mêmes. Lorsqu'il y aura quelques différences, j'aurai soin de les signaler.

CHAPITRE PREMIER

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES. — PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE. — 1432. Objet et division du chapitre I.

1432. Aux observations préliminaires sur les contrats et leur division (1), je joindrai ici quelques explications sur les principes particuliers et sur les lois qui régissent les contrats commerciaux, ainsi que sur les règles qui président à leur interprétation (2).

SECTION I. — DÉFINITION ET DIVISION DES CONTRATS.

SOMMAIRE. — 1433. Définition des contrats. — 1434. Effets des contrats; division des conventions en pactes et en contrats. — 1435. Contrats de bonne foi et contrats de droit étroit. — 1436. Contrats nommés et innommés. — 1437. Contrats consensuels et réels. — 1438. Contrats synallagmatiques et unilatéraux; commutatifs et aléatoires; de bienfaisance et à titre onéreux. — 1439. Obligations conditionnelles, à terme, alternatives, solidaires, divisibles ou indivisibles; sous clause pénale.

1433. L'article 1101 du Code civil définit le contrat, une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent

(1) C. civ., 1101 à 1107.
(2) *Ibid.*, 1156 à 1164.

envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Toute convention, en effet, n'est pas nécessairement un contrat, parce que toute convention ne produit pas obligation. Il faut pour cela que ceux qui conviennent d'une chose aient l'intention de s'engager (1). La définition donnée par le Code civil, qui reproduit en d'autres termes celles de Domat (2) et de Pothier (3), est donc plus exacte et plus complète que la célèbre définition de la loi romaine : *Duorum pluriumve in idem placitum concensus* (4). La loi 3 ff. *de obligat. et act.* dit mieux : *Obligationum substantia consistit ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel prœstandum.*

1434. Aussitôt que la convention est arrêtée dans la vue de produire obligation, il se forme entre les parties un lien de droit qui oblige celui qui s'est engagé à accomplir son engagement, et qui autorise celui envers lequel on s'est engagé à en exiger l'accomplissement sans qu'il soit nécessaire, en principe, et sauf les exceptions relatives à certains contrats (5), que le consentement d'où naît ce lien de droit, soit manifesté dans une forme particulière et sacramentelle. En ce point, notre droit français se rapproche heureusement du droit naturel qui fait dépendre l'obligation du consentement en lui-même, et non de la manière dont il est exprimé (6), et s'éloigne du système formaliste de la législation romaine et de ses interprètes. Le droit romain divisait les conventions en *Pactes* et en *Contrats*. Les pactes, formés par le seul consentement, ne produisaient d'action que lorsqu'ils avaient été exécutés par l'une des parties (7) ; les contrats, au contraire,

(1) M. Toullier, t. VI, n. 8.

(2) « La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre eux quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer. » (Liv. I, tit. I, sect. I, n. 2.)

(3) *Des obligations*, t. I, n. 3.

(4) L. I, § 2, ff. *De pactis*.

(5) C. civ., 1107.

(6) Grotius, *De jure belli ac pacis*, lib. II, c. XI.

(7) Avant d'être exécuté par l'une des parties, le pacte était *nu*, *nudum*. Après avoir été exécuté, il devenait *vestitum* ; et alors la partie qui avait

formés par une stipulation consistant dans une interrogation du créancier et une réponse conforme du débiteur, produisaient action et étaient obligatoires par eux-mêmes. Aujourd'hui toute convention faite dans la vue de s'obliger est un contrat. Du reste notre droit civil, en rejetant la subtilité des distinctions romaines, n'a fait que suivre l'exemple qui, depuis longtemps, avait été donné par le droit commercial, que ses tendances ont toujours rapproché de l'équité naturelle et éloigné des formes inutiles à ceux qui s'engagent de bonne foi. *Apud mercatores nulla fit differentia inter pactum nudum et stipulationem*, a dit, l'un des premiers, Raphaël de Turri (1). Et tous ceux qui l'ont suivi se sont rattachés au même principe d'équité et de droit naturel : .... *Ubi quod inter mercatores attenditur etiam obligatio naturalis* (2). Au surplus même, en droit romain, certains pactes se rattachant au commerce produisaient une action comme les contrats proprement dits. C'est ainsi qu'en matière de prêt à la grosse, l'emprunteur était obligé de restituer, outre l'argent prêté, l'intérêt maritime, *periculi pretium*, quoique sur ce dernier point les parties ne fussent liées que par un simple pacte. *In his*, dit le jurisconsulte Scævola (3), *pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest* (4). C'est ainsi encore que, par la novelle 134, chapitre 4, Justinien voulut que les banquiers, *argentarii*, eussent droit aux intérêts, même sans stipulation et en vertu d'un simple pacte, à raison de la faveur toute particulière que méritait leur commerce. *Nam qui omnibus propemodum indigentibus opem ferre parati sunt*, dit la novelle, *hos utique per hujusmodi minutias injuriam perpeti, justum non fuerit* (5).

1435. Les lois romaines divisaient encore les contrats en

exécuté avait action pour contraindre l'autre partie à en faire autant. Voyez Pothier, *Pandectes*, *De pactis*.

(1) *De cambiis*, disp. 2, quæst. 4, n. 45.

(2) Casaregis, *Disc.* 83, n. 37, et *Disc.* 76, n. 10; Ansaldus, *Disc.* 34, n. 12; Straccha, *De contractibus mercat.*, n. 1; Rote de Gênes, décis. 41, n. 3, et décis. 90, n. 3.

(3) L. 5, ff. *De nautico fenore*.

(4) Voy. Vinnius, *De pactis*, cap. IV, n. 2.

(5) Voy. encore Vinnius, *ibid.*, n. 6.

contrats de bonne foi, *bonæ fidei*, et en contrats de droit étroit, *stricti juris*. Mais cette distinction n'a plus lieu parmi nous, surtout en droit commercial, où tous les contrats doivent être exécutés de bonne foi, ce qui n'empêche pas de s'en tenir strictement aux termes de la convention, parce que, en certains cas, c'est précisément en cela que consiste la bonne foi.

1436. Il en est de même de la division des contrats en *nommés* et *innomés*, suivant que le droit leur avait attribué une dénomination particulière, ou ne leur en avait attribué aucune : les premiers protégés par le droit civil, les seconds par le droit naturel, et qui, ainsi que les pactes avec lesquels ils avaient une grande affinité, ne produisaient action au profit d'une partie qu'après avoir été exécutés par l'autre. Aujourd'hui les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soient qu'ils n'en aient pas, sont soumis aux mêmes règles (1); et comme les contrats innomés, protégés par le droit naturel, le sont également par la bonne foi, le droit commercial, fondé sur la bonne foi, avait dès longtemps effacé toute ligne de démarcation entre les contrats nommés et innomés, et sur ce point encore devancé le droit civil (2).

Cela prouve que, sous l'influence des progrès de la civilisation, les lois tendent à se simplifier. Elles se multiplient avec les intérêts nouveaux qui naissent les uns des autres, et dont la civilisation elle-même favorise le développement; mais, tout en se multipliant, elles se débarrassent des dispositions arbitraires et de l'attirail des formules, qui, à des époques moins avancées, gênaient le droit pour le protéger. Le droit des nations civilisées se rapproche donc beaucoup plus du droit naturel que celui des nations primitives (3).

(1) C. civ., 1107.

(2) De Turri, *De camb.*, disp. 1, quæst. 10, n. 18.

(3) « Les nations héroïques, ne s'occupant que de choses nécessaires à la vie, ne recueillant d'autres fruits que les productions spontanées de la nature, ignorant l'usage de la monnaie, et étant pour ainsi dire, *tout corps*, toute matière, ne pouvaient certainement connaître les contrats qui, selon l'expression moderne, se font *par le seul consentement*. L'ignorance et la grossièreté sont naturellement soupçonneuses; aussi les hommes ne pouvaient connaître les engagements de *bonne foi*. Ils assuraient toutes les obligations en employant la *main*, soit en réalité, soit par fiction, en ajoutant à

1437. Toutefois, et bien que le consentement, par lui-même et indépendamment de la manière dont il est exprimé, forme l'obligation, on peut distinguer dans les contrats ceux qui se forment par le seul consentement, et qui, par cette raison, sont appelées contrats *consensuels*, tels que la vente, le louage, le mandat ; et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose outre le consentement ; tels sont les contrats de prêt, de dépôt, de nantissement, qui, par la nature du contrat, exigent pour se former la tradition de la chose qui est l'objet de ces conventions et qu'on appelle contrats *réels*.

1438. Quoi qu'il en soit, le Code civil, laissant de côté toutes les distinctions antérieures, se borne à diviser les contrats, suivant leur nature intrinsèque, en contrats *synallagmatiques* et *unilatéraux*; *commutatifs* et *aléatoires* ; *de bienfaisance* et *à titre onéreux*.

Le contrat est *synallagmatique* ou *bilatéral*, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ; il est *unilatéral* lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres sans que, de la part de ces dernières, il y ait engagement (1).

Il est *commutatif* lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ; lorsqu'au contraire l'équivalent consiste dans la chance de gain et de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est *aléatoire* (2).

Le contrat de *bienfaisance* est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit. Le contrat *à titre onéreux*, au contraire, est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose (3).

Ces divisions ne sont exactes qu'autant que chaque

l'acte la garantie des *stipulations solennelles*. De là ce titre célèbre dans la loi des Douze Tables : *Cum nexum faciet mancipiumque, uti linguâ nuncupassit, ita jus esto.* » Vico, *Science nouvelle*, traduction de M. Michelet, t. II, p. 115.

(1) C. civ., 1102 et 1013.

(2) C. civ., 1104.

(3) C. civ., 1105 et 1106.

contrat est considéré en lui-même, sous le rapport de son objet principal et direct, et de l'obligation qui en dérive immédiatement. Car si l'on tenait compte des obligations dont un contrat peut être et dont il est ordinairement l'occasion, on arriverait à cette conséquence que tous les contrats sont synallagmatiques, commutatifs ou à titre onéreux. L'engagement unilatéral de donner ou de faire, même gratuit, impose à celui envers lequel il est pris, l'obligation soit de rendre ce qu'il a reçu, soit de tenir compte des dépenses faites par celui qui a fait et agi comme il s'y était engagé; et comme dans les contrats aléatoires, les parties considèrent toujours la chance qu'elles consentent à courir comme l'équivalent de ce qu'elles donnent ou de ce qu'elles reçoivent, il n'y a pas de contrat aléatoire qui ne soit en réalité un contrat synallagmatique et commutatif.

Ces observations sont particulièrement applicables en matière commerciale. Le commerce consistant en une suite de contrats intéressés, qui tous ont pour but final un échange ou un bénéfice, les contrats commerciaux, considérés dans leur ensemble, sont tous commutatifs, à titre onéreux, et par conséquent synallagmatiques (1). Toute obligation unilatérale, dans sa forme et dans son expression, se compense toujours avec une autre obligation de même nature, et la réunion de ces deux obligations unilatérales forme un contrat synallagmatique ou bilatéral.

Il suit de là qu'en matière commerciale, bien plus encore qu'en matière civile, un contrat ne peut être considéré comme unilatéral, ou à titre gratuit, qu'autant qu'on tient seulement compte de ses effets immédiats : pour peu qu'on descende au fond des choses, on découvrira un contrat commutatif et à titre onéreux.

1439. Les obligations qui résultent des contrats sont *conditionnelles*, *à terme*, *alternatives*, *solidaires*, *divisibles ou indivisibles*, *et sous clause pénale* (2). Nous reviendrons plus tard sur

(1) *Commune est in quibuscumque contractibus ut in quâdam commutatione consistant, rei ad rem, facti ad factum, vel facti ad rem.* (De Turri, *De cambiis*, disp. I, quæst. 1, n. 23.)

(2) C. civ., 1168 et suiv.

ces diverses espèces d'obligations, après avoir examiné comment se forment les contrats dont elles dérivent (1). Recherchons avant tout à quelles lois sont soumis les contrats commerciaux, et d'après quelles règles ils doivent être interprétés.

SECTION II. — DES LOIS QUI PRÉSIDENT A LA FORMATION DES CONTRATS COMMERCIAUX ET A LEUR INTERPRÉTATION.

SOMMAIRE. — 1440. Éléments dont se compose le droit commercial. — 1441. Autorité respective du Code de commerce, du Code civil, de l'usage et des conventions particulières. — 1442. Système contraire ; sa réfutation.

1440. J'ai déjà essayé de déterminer l'autorité des divers éléments dont se compose le droit commercial (2), et des explications dans lesquelles je suis entré, il résulte qu'en matière commerciale, les règles de droit doivent être puisées, d'abord dans le Code de commerce, qui est la loi générale et spéciale à la fois du commerce français ; ensuite dans le Code civil dont les dispositions complètent le Code de commerce dans tous les cas où la loi commerciale est insuffisante ; enfin dans les usages commerciaux, pour tous les cas sur lesquels le Code de commerce et le Code civil n'ont pas prononcé. Il résulte encore de ces explications, que les conventions particulières peuvent attribuer aux coutumes et aux usages commerciaux, une autorité qu'ils n'ont pas par eux-mêmes.

Ces règles, que j'ai cherché à asseoir sur une exacte appréciation de la nature des choses et de l'autorité respective des lois et des usages dans une société régie par des lois codifiées, et rédigées dans le but évident de laisser le moins possible de place à l'appréciation individuelle, et d'unifier la législation comme le gouvernement, en substituant partout la volonté unique du législateur aux tendances multiples ou contraires des coutumes et des usages, sont applicables surtout à la matière des obligations. Les dispositions du Code civil formulent, presque toutes, en cette matière des princi-

(1) Voy. *inf.*, ch. IV.
(2) T. I, n. 82 et suiv.

pes du droit naturel, qui conséquemment sont applicables aux obligations commerciales, dans tous les cas où le Code de commerce n'a pas manifesté une volonté contraire, et contre lesquels ne peuvent dès lors prévaloir, par eux-mêmes, des usages destitués de toute autorité légale. Mais, comme c'est principalement dans la matière des obligations que naît le conflit entre la loi civile et la loi commerciale, dont il est en certains cas fort difficile de déterminer les limites réciproques; comme, d'un autre côté, il s'est produit des systèmes qui tendent à substituer, en matière d'obligations commerciales, la coutume à la loi civile et même à la loi commerciale, et, dans le conflit possible de ces deux lois, à absorber toute leur autorité au profit de la coutume, pour les mettre d'accord, je crois nécessaire d'entrer sur ce point dans de nouvelles explications.

1441. Nous avons un Code de commerce qui trace d'une manière plus ou moins complète les règles relatives aux transactions commerciales. Lors donc qu'il s'agit de résoudre une difficulté, le bons sens indique que c'est à ce Code qu'il faut d'abord recourir, parce qu'un ensemble de lois codifiées systématiquement sur un ordre particulier d'idées ou de relations, constitue par cela même le droit commun de la matière. Si le Code de commerce est muet ou insuffisant sur le point en question, le bon sens indique encore qu'il faut recourir aux principes généraux, c'est-à-dire au Code civil qui les formule. Il peut sans doute être fort difficile, en certains cas, de faire l'application aux espèces particulières, soit du Code de commerce, soit du Code civil; de reconnaître si le Code de commerce est muet et insuffisant; s'il y a nécessité de recourir au Code civil, en un mot de combiner les principes commerciaux et les principes civils dans les cas fort nombreux qui touchent à la fois aux uns et aux autres; mais la difficulté de l'application ne détruit pas le principe, qui, en lui-même, est clair et facile à comprendre. Indiqué par le bon sens, il est formulé par le Code civil dont l'article 1107, après avoir disposé de la manière la plus générale que tous les contrats sont soumis aux règles du

Code, ajoute que les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce : ce qui veut dire que dans tous les cas où les lois commerciales ne contiennent pas de règles particulières, les contrats restent sous l'empire des règles générales tracées par le Code civil (1).

Si le Code civil est muet, comme le Code de commerce, ce qui doit arriver souvent à raison des combinaisons infinies des affaires commerciales, et des modifications que les conventions peuvent apporter aux données sur lesquelles a disposé le législateur, alors il faut recourir à l'usage dont l'office est de suppléer à la loi qui fait défaut, mais non de prévaloir sur elle.

Enfin, même quand la loi civile a parlé, les conventions particulières peuvent y déroger dans tous les cas qui n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs ; et dans l'interprétation de ces conventions, dans lesquelles on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes (2), l'usage doit servir de règle conformément à ces axiomes du droit civil, vrais surtout en matière commerciale, qu'on doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (3) ; et que les conventions obligent non-seulement à ce qui exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (4).

Donc, la loi commerciale, la loi civile qui la complète, l'usage qui supplée au défaut de l'une ou de l'autre, les conventions des parties qui peuvent déroger à la loi, et qui doivent être interprétées par l'usage ; tels sont les éléments

(1) V. M. Demolombe, des Contrats, t. I, n. 29.

(2) C. civ., 1156. — *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit.* (L. 219, ff. *De verb. signif.*)

(3) C. civ., 1160. — *In contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

(4) C. civ., 1135. — *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus, id sequimur quod actum est, aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in quâ actum est frequentatur.* (L. 34, ff. *De regul. jur.*) — Voy. t. I, n. 83.

dont se compose l'ensemble du droit commercial, et spécialement la partie de ce droit qui régit les obligations conventionnelles. C'est ce que reconnaît un avis du Conseil d'État du 13 décembre 1811, en ces termes : « Le Conseil d'État est d'avis que les tribunaux de commerce doivent juger les questions particulières qui se présentent suivant leur conviction, d'après les termes et l'esprit du Code, et, en cas de silence de sa part, d'après le droit commun et les usages du commerce. » Cet avis, quoique approuvé par l'empereur, n'ayant pas été inséré au *Bulletin des lois*, je ne le cite pas comme ayant force de loi et devant résoudre la difficulté par voie d'autorité législative ; mais je le cite comme expression rationnelle d'un fait, et comme autorité doctrinale qui doit avoir d'autant plus de poids, qu'à l'époque où il a été émis, le Conseil d'État, dans le sein duquel se trouvaient les auteurs du Code civil et du Code de commerce, était en présence de ces deux Codes alors terminés et en pleine exécution, et pouvait prononcer en connaissance de cause sur leur autorité respective.

1442. Cependant, je l'ai déjà dit, ce système, qui, en maintenant le principe du pouvoir légal, laisse aux coutumes et aux usages une large place que la liberté des conventions peut élargir encore, adopté par la jurisprudence (1) et la plupart des auteurs, a été combattu par d'autres, à la tête desquels il faut placer MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur traité du *Contrat de commission* (2). Suivant ces auteurs, l'usage est la grande loi, on pourrait même dire la seule loi du commerce, puisqu'ils lui donnent pour effet de prévaloir non-seulement sur le droit civil, mais encore sur le droit commercial, quand il est très-ancien et persévérant (3). C'est l'équité fondée sur le droit naturel dont ces usages sont l'ex-

(1) Cass., 5 juil. 1820, S., 6, 1, 272.

(2) T. I, n. 861 et suiv. ; t. II, n. 19 et suiv. ; t. III, n. 22 et suiv. — Voy. aussi Fremery, *Études du droit commercial*, p. 12 et suiv.

(3) T. I, n. 366. « Non-seulement, disent ces auteurs, l'usage commercial prévaut sur le droit civil, mais quand il est très-ancien et persévérant, il prévaut même sur la loi du commerce. »

pression, à moins qu'ils n'aient été virtuellement ou spécialement prohibés par la loi commerciale, qui doit servir de règle ; et il n'y a lieu de recourir au Code civil que pour tenir compte de celles de ses dispositions qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; de telle sorte que le Code civil ne serait plus rien en matière commerciale : le Code de commerce lui-même n'y occuperait qu'une place secondaire ; l'usage et l'équité se partageraient la première, et y régneraient d'une manière à peu près absolue.

Il y a dans une pareille opinion quelque chose de hardi et qui surprend ; il était permis de penser qu'après une codification laborieuse qui a eu pour objet principal de fonder l'unité dans la législation comme dans l'État, de faire disparaître les coutumes et les usages dont la variété divisait le sol national pour leur substituer une législation uniforme, l'autorité de nos Codes ne serait plus combattue par des usages plus fugitifs encore que les coutumes écrites que le législateur a abolies sans retour ; il était permis de penser qu'en présence de lois que leurs auteurs se sont sans doute efforcés de rendre justes et équitables, on ne viendrait plus parler d'une équité abstraite plus équitable que la loi elle-même. Cette opinion, du reste, est développée d'une manière assez spécieuse pour faire illusion aux intelligences prises au dépourvu, et qui sont habituellement tentées de se laisser séduire par les idées paradoxales, précisément parce qu'elles sont paradoxales, sans songer qu'elles unissent le plus souvent le danger à l'erreur.

Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin qui ont développé ce système avec une habileté peu commune, le commerce se faisant au moyen de négociations qui unissent les différents pays et même les différentes parties du monde ; étant le même partout, et servant de lien à tous les peuples civilisés, ne peut être soumis à toutes les lois civiles indistinctement qui ne régissent qu'une seule nation ; d'où ils concluent qu'il faut « le laisser sous l'empire de la convention, et laisser la convention sous l'empire du droit naturel qui n'est étranger nulle part, et qui, chez toutes les nations commerçantes, est le régulateur des

opérations commerciales.» A l'appui de ces prémisses et de cette conclusion si absolue, ces auteurs citent plusieurs passages, soit des exposés des motifs du Code civil et du Code de commerce, soit de la discussion à laquelle ces Codes ont donné lieu dans le sein du Conseil d'État, et ils invoquent l'autorité de docteurs les plus respectés en droit commercial, qui auraient toujours fait reposer ce droit sur l'usage et sur l'équité naturelle.

Je ne sais si je me trompe; mais il me semble que les jurisconsultes que je combats sont en principe les adversaires de la codification. Il me semble qu'ils appartiennent à cette école dont on connaît les représentants illustres, qui considèrent un code comme une vaine tentative qui n'a d'autre résultat que d'arrêter les développements naturels de la législation. Si telle était leur opinion, elle expliquerait jusqu'à un certain point leur doctrine, mais ne la justifierait pas. En effet, ce n'est pas le Code civil seulement qu'il faudrait mettre de côté lorsqu'il est contraire aux usages de toutes les nations commerçantes, sous prétexte que fait pour une nation, il gênerait le commerce qui, fait par toutes et entre toutes, doit en tous lieux être soumis aux mêmes règles; il faudrait encore rejeter le Code de commerce qui, fait pour la France, ne régit que les actes faits ou réputés faits en France, et qui peut par conséquent se trouver en opposition avec les lois ou les usages des autres pays. C'est sans doute une grande et belle idée que de soumettre toutes les nations commerçantes aux mêmes règles et aux mêmes lois; mais c'est là une idée difficilement réalisable; et assurément le meilleur moyen d'arriver à sa réalisation, ce n'est pas de s'en tenir à des usages variables et mobiles : c'est de faire des lois positives et stables assez parfaites pour que toutes les nations s'empressent de les adopter. C'est ce qui est arrivé pour notre Code de commerce, qui est devenu celui de presque toute l'Europe (1); et la même fortune est advenue au Code civil. Voilà dans quelles

(1) Le Code de commerce de Hollande, qui est calqué sur le Code français, porte même, art. 1, que le Code civil est applicable aux affaires commerciales, en tant qu'il n'y est pas dérogé par le Code de commerce.

limites il faut tendre à l'unité de législation ; mais y tendre en se plaçant sous l'empire de principes non formulés qui seraient admis par tous les peuples commerçants, c'est une utopie fort dangereuse, parce que si certains principes d'équité et leurs conséquences immédiates sont ou doivent être les mêmes partout, la multiplicité des affaires humaines exige que le législateur intervienne pour faire l'application de ces principes et de leurs conséquences, et sauver les contractants de l'arbitraire des opinions et des systèmes.

Peu importe donc que, dans les discours préliminaires du Code civil et du Code de commerce, quelques phrases plus ou moins expresses énoncent d'une manière abstraite, en comparant les lois commerciales aux lois civiles, que celles-ci n'exercent leur influence que sur la nation qu'elles régissent, tandis que les lois du commerce ont une influence universelle (1). C'est là une de ces vérités générales et incontestables dont on ne peut rien conclure en faveur de l'autorité qu'on revendique pour les usages fondés sur l'équité. Loin de là, s'il y a une conclusion à tirer du discours préliminaire du Code de commerce, elle est contraire à l'autorité des usages qu'on présente aujourd'hui comme universels; car on ne peut croire que les auteurs de ce Code de commerce, aient entendu parler des usages commerciaux pour les faire prévaloir sur les lois commerciales qu'ils promulguaient, ni qu'ils se soient ainsi rendus les démolisseurs de leur œuvre. Il est évident au contraire qu'en disant que « les lois du commerce sont universelles, qu'elles intéressent toutes les nations commerçantes, qu'elles doivent être en harmonie avec les grandes habitudes du commerce », ils ont cédé à un amour-propre d'auteurs : ils entendaient faire indirectement l'éloge des lois qu'ils présentaient au pays et dont ils annonçaient la tendance, en indiquant d'une manière générale qu'elle devait être le caractère des lois du commerce. Comment d'ailleurs des hommes qui se montraient si bien instruits des nécessités com-

(1) Voy. les passages cités par MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 19, et t. III, n. 17.

merciales, auraient-ils pu avouer qu'ils n'avaient pas su les satisfaire, et déclarer qu'il fallait s'en remettre à l'usage du soin de rectifier leurs erreurs? Il y a à cet égard quelque chose de plus précis que les discours préliminaires, ce sont les paroles de M. Panvilliers, orateur du Tribunat, qui disait au au Corps législatif, dans son rapport sur le livre Ier du Code : « L'uniformité des lois en matière de commerce était devenue l'objet du vœu général de la nation, plutôt que celle de la législation civile, parce que l'empire de ces lois s'étendant sur les contestations d'un plus grand nombre d'individus de pays différents, la variété de leurs dispositions, dans diverses places de commerce pour des cas ou des engagements absolument semblables, avait des inconvénients beaucoup plus graves, en ce qu'elle induisait souvent en des erreurs préjudiciables à leurs intérêts des négociants même régnicoles qui ne pouvaient pas toujours en être instruits. Il était donc nécessaire de faire disparaître ces différences de principes ou d'usages locaux qui ne pouvaient favoriser que la mauvaise foi (1). »

Qu'on juge maintenaint si les discours préliminaires ébranlent l'autorité du Code de commerce au profit de celle de l'usage.

Ils n'ébranlent pas non plus l'autorité du Code civil en matière commerciale, pour tous les cas sur lesquels la loi commerciale n'a pas statué. Les auteurs du traité du *Contrat de commission*, qui portent principalement sur ce point tous les efforts de leur argumentation, voient une preuve de l'inapplicabilité du Code civil dans la distinction établie, tant par les auteurs du Code civil que par ceux du Code de commerce, entre le Droit civil qui, par sa nature, n'est appelé à exercer son influence que sur la nation qu'il régit, et le Droit commercial dont l'influence est universelle. Mais énoncer cette différence entre les caractères généraux des lois commerciales et des lois civiles proprement dites, ce n'est pas dire que les lois civiles ne puissent jamais devenir des lois commer-

(1) Locré, t. XVII, p. 66.

ciales. Dire que les lois commerciales doivent être rédigées dans un autre esprit que les lois civiles, ce n'est pas dire que la loi commerciale ne puisse, par son silence, se référer à la loi civile et se compléter ainsi par des dispositions dont elle aurait tacitement reconnu la convenance. Cette prétention à l'universalité qu'on trouve dans le Code de commerce ou plutôt dans les discours qui en exposent les motifs, et dans lesquels on prétend puiser la preuve que le législateur a entendu soustraire à l'empire du Code civil, pour les abandonner à l'usage et à l'équité, tous les cas sur lesquels le Code de commerce n'a pas disposé d'une manière expresse, se retrouve dans les exposés des motifs du Code civil lui-même, pour lequel ses auteurs revendiquent le même privilége. « Il est dans toute législation civile, disait en présentant le titre de la *Vente*, au Corps législatif, M. Portalis, auquel un peu d'orgueil était bien permis, des choses qui sont particulières au peuple pour qui cette législation est promulguée. Mais, quand on proclame des maximes sur des objets qui appartiennent au Code de tous les peuples, on travaille au bonheur de la société générale des hommes, on devient pour ainsi dire les législateurs du monde. » Pourquoi donc aller chercher dans l'équité naturelle et dans les usages qui en seraient l'expression, les règles qui appartiennent au Code de tous les peuples, lorsque les auteurs du Code civil nous assurent qu'on les trouve dans leur œuvre? C'est donc là qu'il faut prendre les lois universelles du commerce quand le Code de commerce garde le silence.

Au surplus, si l'on examine de près les passages du discours préliminaire du Code civil dans lesquels se trouve indiquée la distinction qui doit exister entre les lois civiles et les lois commerciales, on reste bientôt convaincu que les auteurs de ce discours n'ont pas entendu faire une distinction fondamentale, ni établir une séparation absolue entre le droit spécial au commerce et le droit civil proprement dit, mais seulement, tout en leur donnant une base commune, qui est la bonne foi et l'équité, indiquer quelques points de dissemblance, fort mal choisis d'ailleurs.

C'est ainsi que le discours préliminaire cite pour exemple de l'esprit différent des lois civiles et des lois commerciales, les actions revendicatoires, écartées, dit-il, des affaires du commerce, et maintenues dans les affaires civiles ; l'action rescisoire pour lésion d'outre moitié du juste prix, qui n'est pas admise en matière commerciale ; enfin l'hypothèque qui est, dit-il, presque inconnue au commerce ; tandis que l'action en revendication est admise par le Code de commerce dans des cas déterminés, mais fort nombreux (1) ; que si l'action en rescision pour cause de lésion est interdite en matière commerciale, c'est parce qu'elle n'est autorisée que pour les ventes immobilières ; et que l'hypothèque, même entre commerçants, est d'un usage assez habituel.

N'est-il pas évident dès lors que les phrases isolées sur lesquelles on se fonde pour refuser au Code civil l'autorité qui lui appartient en matière commerciale sur tous les cas non réglés par les lois spéciales au commerce, n'ont pas la portée qu'on leur suppose ; elles ne sont qu'un lieu commun, du vague duquel on ne peut faire sortir aucun principe général et absolu.

Mais, dit-on, « les rédacteurs du Code civil ont répété vingt fois, et vingt fois constaté leur déclaration dans un procès-verbal *ad hoc*, qu'ils n'entendaient pas disposer pour le commerce... Si tout cela ne signifie rien, pourquoi donc des discours préliminaires et un procès-verbal des discussions au Conseil d'État ? »

Il est vrai que les auteurs du Code civil, dont la mission était de rédiger un Code civil, c'est-à-dire de réunir l'ensemble des règles qui constituent le droit commun, et non de rechercher les règles spéciales au commerce, qui devaient faire l'objet d'un code spécial, ont déclaré plus d'une fois, notamment dans le titre *de la Vente*, que les dispositions du Code civil ne s'appliquaient pas en matière de commerce. Il y a même à cet égard quelque chose de plus précis que le procès-verbal, ce sont des articles du Code qui font une réserve expresse des lois commerciales ; tel est l'article 1107,

(1) C. com., art. 581 *anc.*, 575 *nouv.*

aux termes duquel les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce; l'article 1241, qui, en ce qui touche l'admission de la preuve testimoniale, renvoie à ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce; l'article 1873, qui porte que les dispositions du titre *des Sociétés* ne s'appliquent aux sociétés commerciales que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce; l'article 1964, sur les contrats aléatoires, qui laisse le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure, sous l'empire des lois maritimes; l'article 2070, qui déclare que le Code civil ne déroge point aux lois particulières qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce ; l'article 2084, sur le gage, aux termes duquel les dispositions du titre *du Gage* ne sont pas applicables aux matières de commerce à l'égard desquelles on suit les lois qui le concernent; enfin l'article 2102, qui porte qu'il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication.

Faut-il conclure de là que le Code civil est inapplicable aux matières commerciales, soit dans les cas pour lesquels il est fait réserve des lois commerciales, soit dans les autres? Non sans doute. Voici ce qui est arrivé.

Au moment même où l'on rédigeait le Code civil, le Code de commerce était en élaboration (1); il est manifeste, dès lors, que les rédacteurs du Code civil n'avaient pas à se préoccuper des matières commerciales, dont ils savaient qu'on s'occupait ailleurs; et que dans tous les cas où les règles du droit civil pouvaient s'appliquer au droit commercial, il leur suffisait, pour ne rien préjuger, de renvoyer au Code de commerce qu'ils pensaient sans doute devoir être rédigé sur un plan plus large que celui qui a été adopté en définitive, et devoir contenir toutes les dispositions qui intéressaient les transactions commerciales.

De leur côté, les rédacteurs du Code de commerce, qui

(1) La commission chargée de la rédaction d'un projet de Code de commerce, fut nommée par arrêté des Consuls du 3 avril 1801.

n'a été terminé que quatre ans après le Code civil, trouvant dans ce Code la plupart des principes et des règles générales et de droit commun, auxquelles sont soumis tous les contrats, pensèrent que ces règles suffisaient au commerce, et qu'il n'était pas nécessaire de les reproduire dans un Code spécial. Alors, au lieu de remplir toutes les promesses que les rédacteurs du Code civil avaient faites pour eux, dans presque tous les cas où le Code civil renvoie au Code de commerce, ils se turent. Sans doute il eût mieux valu qu'ils eussent formellement exprimé le renvoi au Code civil, quand ils entendaient se référer à ses dispositions, comme dans l'article 18 du Code de commerce, qui, répondant à l'article 1873 du Code civil, par un renvoi contraire, porte que les sociétés se règlent par le droit civil ; mais ce défaut de relation expresse et d'entente textuelle entre le Code civil et le Code de commerce, ne prouve pas que le Code civil n'a aucune autorité commerciale et qu'il faille recourir aux usages dans tous les cas où le Code de commerce est muet et insuffisant. Si le Code de commerce ne renvoie pas au Code civil, il ne renvoie pas davantage aux usages commerciaux, ce qui eût été nécessaire pour leur donner force de loi. Et comme le Code civil ne renvoie au Code de commerce ou aux lois commerciales que dans la supposition des dispositions contraires contenues dans ces lois, il faut reconnaître que si ces dispositions contraires ou dérogatoires n'existent pas, on reste en présence du Code civil qui devient le complément unique et nécessaire des lois commerciales comme loi générale et expression du droit commun. « Observez, disait M. Boutteville, orateur du Tribunat, dans son rapport sur le titre des *Sociétés*, observez avec le projet, que la loi proposée ne régira pas les sociétés de commerce dans tous les points où ses dispositions seraient contraires aux lois et aux usages particuliers du commerce, mais aussi que sur tous ceux où ces dispositions n'y auront rien de contraire, elles conserveront leur empire, et n'en contiendront pas moins les règles premières et générales de toute association. » L'intention des rédacteurs du Code de commerce sur ce point, qui ressort

de toute la discussion de ce Code (1), est également attestée par un homme en mesure de la connaître, et dont l'opinion fait autorité dans tous les cas dont la solution dépend de l'esprit qui animait le législateur: « Le Code de commerce, dit M. Locré (2), n'étant qu'une loi d'exception, destinée à régler des affaires d'une nature particulière, ne peut se suffire à lui-même, vient s'enter sur le droit commun, laisse sous l'empire de ce droit tout ce qu'il n'excepte pas, et s'y réfère, même pour ce qu'il excepte. »

Qu'importe maintenant l'opinion que des docteurs, même les plus graves, auraient émise sur l'autorité des usages commerciaux, dans d'autres conditions législatives que celles sous l'empire desquelles nous nous trouvons? Et d'ailleurs, j'ai déjà eu l'occasion de le dire (3), il n'y a pas un de ces docteurs qui soit aussi précis qu'on le suppose, sur l'autorité de l'usage et de l'équité. C'est Casaregis qui a dit en plusieurs endroits : *Mercatorum stylus et consuetudo prævalere debet juri communi* (4). Mais c'est aussi Casaregis qui a dit : *Mercatorum stylus, judicium, vel opinio non est curanda, licet agatur de re ad mercaturam pertinente,.. in eis quæ secum trahunt juris articulos, ab eorum quippè grossitie non attingendos ; et ridiculum sane esset, ubi habemus doctrinas, ac materias in jure bene digestas, eorum judicium investigare* (5). C'est Ansaldus qui a dit : *Stylus mercatorum attenditur et prævalet in concursu juris communis* (6); ce qui ne l'empêche pas de dire aussi : *Attestatio mercatorum non attenditur in his quæ concernunt juris articulum* (7). Et si Straccha a dit : *Cum casus mercantilis proponitur, in eo attendi et servari debet stylus mercatorum et consuetudo, quidquid alias secundum disponatur* (8) ; il dit ailleurs : *Nauticam consue-*

(1) Locré, t. XVII, p. 145 et 149.
(2) *Esprit du Code de com.*, Avant-propos, p. IV.
(3) Voy. t. I, n. 83.
(4) *Disc.* 76, n. 16 ; *Disc.* 144, n. 38 ; *Disc.* 199, n. 65.
(5) *Disc.* 69, n. 34. Voy. encore *Disc.* 38, n. 8 ; *Disc.* 48, n. 17 ; *Disc.* 56, n. 3; *Disc.* 119, n. 54 : *Disc.* 173, n. 15, etc.
(6) *Disc. gen.*, n. 41, 49 et suiv.
(7) *Disc.* 72, n. 25 et 26 ; *Disc. gen.*, n. 45.
(8) *De assecur.*, *gloss.* 38, n. 8.

tudinem præcipuè spectandam esse, dummodo legi non adversetur, hoc est. lege non reprobetur (1). Quant à l'équité, si tous les auteurs lui font une grande place dans la décision des questions commerciales, ils ne la lui accordent pas au préjudice du droit : *Æquitas ad normum juris semper regulari debet*, dit Casaregis (2). Et Straccha reprend assez vivement les marchands qui se croient passés maîtres en fait d'équité : *Mercatores qui se magistros æquitatis credunt longè errant, et æquitas meliùs cognoscitur à jureconsultis.... Mercatoribus natura tantùm æquitatis cognitionem facit, jureconsultis verò ars et natura tribuit* (3).

Est-ce à dire que l'usage et l'équité ne doivent exercer aucune influence en matière commerciale? Non : l'autorité de l'usage, celle de l'équité sont admises en matière civile par le Code civil lui-même (4) qui recommande d'interpréter ce qui est ambigu par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ; de suppléer les clauses qui sont d'usage quoiqu'elles ne soient pas exprimées ; de rechercher la commune intention des parties ; de restreindre les termes généraux des conventions à l'objet sur lequel les parties se sont proposé de traiter. Or, ces règles de bon sens et d'équité reçoivent une application d'autant plus étendue en matière commerciale, que les contrats commerciaux prêtent beaucoup plus à l'interprétation que les contrats purement civils. Je l'ai déjà dit (5), « le style des commerçants n'est pas toujours clair, c'est un idiome ordinairement elliptique, parfois peu exact, qui cache beaucoup de choses sous peu de mots, et qui, le plus habituellement, sous-entend ce qui est de règle générale. » — *Mercatores solent impropriè loqui et scribere in suis negotiis, et litteris*, dit Casaregis (6) ; et avant lui, Ansaldus avait constaté ce caractère distinctif de l'idiome commercial : *Mercatores loqui solent cum stylo conciso et subobscuro* (7). Cet idiome a donc be-

(1) *De navigat.*, n. 24.
(2) *Disc.* 56, n. 2.
(3) *Quomodo in causis mercat. proced. sict pars ult.*, n 1.
(4) Art. 1156 et suiv.
(5) T. I, n. 83.
(6) *Disc.* 197, n. 7.
(7) Ansaldus, *Disc.* 7, n. 7.

soin d'être interprété ; et il est manifeste qu'il ne peut l'être équitablement qu'à l'aide des usages commerciaux, qui seuls peuvent révéler le sens des termes, et faire connaître la commune intention des parties. C'est alors qu'il faut avoir nécessairement recours à ce que les anciens auteurs appellent *stylus et consuetudo mercatorum ;* c'est alors qu'il faut se pénétrer de l'esprit des coutumes commerciales pour parler le langage du commerce, et pour donner aux mots la valeur relative et le sens particulier que ces coutumes leur attribuent. *Le parole delle lettere e scritture de' mercadanti, non si debbono intendere come propriamente dovrebbono intendersi, ma secondo l'intelligenza, o senso, col quale le intendono i mercadanti* (1). C'est alors qu'il faut écarter les subtilités du droit, *apices juris*, pour consulter l'équité et l'intérêt du commerce. Mais lorsque le sens de la convention, sa portée, son but, ont été déterminés de ce point de vue commercial, c'est le droit et le droit seul qui en règle les conséquences. Voilà le secret de ces contradictions apparentes qu'on rencontre à chaque pas dans les anciens docteurs. Ils préconisent les coutumes, l'équité, *stylus, consuetudo, æquitas*, qu'ils font prévaloir sur le droit commun ; mais c'est quand il s'agit d'interpréter la convention, d'en déterminer les éléments commerciaux, et de découvrir la commune intention des parties, et non quand il s'agit d'appliquer le droit soit aux faits constatés et reconnus, soit aux conventions dont une sage interprétation a déterminé le sens et la nature. Écoutez Casaregis, mettant lui-même d'accord des opinions qui paraissent opposées : *Mercatores consulendi tantum sunt pro addiscendâ significatione verborum, aut cognitione terminorum mercaturæ, secus pro decidendis juris articulis* (2). Suivez surtout ces paroles de Straccha, qui renferment tout ce qu'on peut dire sur l'autorité réciproque du droit et de l'équité : *Et quod dicitur in curiâ mercatorum ex bono et æquo judicandum, intelligendum est, ut juris apices qui veritatem rei atque negotii non respiciunt, rejecti censeantur, non autem ut jus civile in*

(1) Casaregis, *Disc.* 148, n. 17.
(2) *Disc.* 56, n. 2.

mercatorum foro locum non habeat, quoniam adversaretur legi bona fides (1).

Dans ces limites, l'équité, la coutume jouent un grand rôle dans la décision des affaires commerciales. La place qui leur est faite suffit à toutes les nécessités de la pratique, puisqu'elles règnent sans partage sur toutes les choses qui sont du domaine de l'interprétation. C'est donc une théorie non moins inutile que dangereuse, que celle qui prétend faire dominer le droit écrit par l'usage et par l'équité, remplacer le droit commun formulé dans le Code civil, par des coutumes incertaines ou arbitraires, et rejeter les règles des contrats commerciaux dans le vague dont l'ensemble de notre législation a voulu les faire sortir. Cette théorie n'a pas prévalu jusqu'ici, et je ne crois pas qu'elle doive prévaloir dans l'avenir. Le bon sens public a cru, depuis que nous avons un Code de commerce et un Code civil, que le Code de commerce et les lois accessoires se complétaient par le Code civil, qui est le droit commun; que l'usage et l'équité n'avaient d'autre mission que celle de suppléer au silence de la loi, ou de guider le juge dans l'interprétation nécessaire des contrats commerciaux. Je crois aussi que ce sont là les vrais principes; je les crois conformes à l'intérêt du commerce dont les transactions ne peuvent pas plus se passer de règles fixes que les transactions ordinaires. C'est donc à ces principes que je me rattacherai, dans l'examen des

(1) *De contract. mercat.*, n. 29. — Stracch a dit ailleurs : « *Observare oportet consules mercatorum æquitatem ex circumstantiis a lege consideratam... Et à legibus ne transversum unguem recedant. Quorsum enim attinebat leges scribi, si judicibus liceret discedere à scripto, et suo arbitrio æquitatem fingere? (Quomodo in causis merc. proc. sit, part. ult.*, n. 5.) — Le cardinal de Luca a très-bien déterminé l'obligation du juge placé entre la loi et ce qui lui paraît être l'équité : *Multa enim in jure statuta sunt, quæ in sensu naturali aspera videntur, atque æquitati repugnant, et tamen ea recipere oportet, cum ista dicatur legis prærogativa, ut quamvis dura recipienda sit; undè propterea receptum habemus, quod tunc in judicando inhærendum est æquitati non scriptæ quando non obstet jus scriptum, sive istud sit dubium, adeo ut agatur de interpretatione juxtà æquitatem potius quam rigorem in dubio faciendâ; secus autem ubi clarum jus scriptum habetur, cum tunc istius rigor prævaleat non scriptæ æquitati.* (*De credito, Disc.* 26, n. 21.)

rapports du droit civil et du droit commercial en matière d'obligations conventionnelles (1).

CHAPITRE II

DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES CONTRATS.

SOMMAIRE. — 1443. Quelles sont les conditions essentielles des contrats. — 1444. Diverses espèces de conditions essentielles ; qualités naturelles, accidentelles. — 1445. Division du chapitre.

1443. Nous avons défini le contrat, d'après l'article 1101 du Code civil, une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (2).

On ne peut donc concevoir un contrat si les parties ne consentent pas à s'obliger; si elles ne sont pas capables de s'obliger ; s'il n'y a pas un objet certain qui forme la matière de l'obligation ou de l'engagement ; enfin, si cet engagement n'a pas une cause licite. Le consentement des parties, leur capacité, un objet certain et une cause licite sont donc les quatre conditions essentielles de toute convention.

1444. Il ne faut pas confondre les conditions essentielles de tous les contrats, c'est-à-dire sans lesquelles il n'y aurait pas de contrat, avec les conditions essentielles seulement de certains contrats, dont l'absence n'empêche pas toujours qu'il n'y ait contrat, mais fait seulement qu'il y a tel contrat plutôt que tel autre ; tels sont le prix et la chose dans le contrat de vente, la remise de place en place dans le contrat de change.

(1) Voy. sur les *Caractères du droit commercial*, un article de M. Alauzet, dans lequel se trouvent examinés les arguments développés par MM. Delamarre et Lepoitvin, *Revue de législation*, t. XXI, p. 323. Voy. aussi le même auteur, *Comment. du Code de commerce*, t. II, n. 568 ; un article de M. Troplong sur l'ouvrage de MM. Delamarre et Lepoitvin, *Revue de législ.*, t. XVI, p. 62 et suiv. ; M. Bédarride, sur achats et ventes, n. 11, et MM. Bravard et Demangeat, t. II, p. 400 et suiv.

(2) Voy *sup.*, n. 1433.

Il ne faut pas non plus confondre les conditions ou qualités essentielles des contrats avec certaines conséquence, que chaque contrat produit, sans stipulation particulière et suivant sa nature, et que pour cette raison on a appelées *qualités naturelles* des contrats : telles sont la garantie dans le contrat de vente, la solidarité et l'action récursoire en matière de lettres de change ou de billets à ordre. Ce sont là des effets attachés aux différentes espèces de contrats, et non des conditions de leur existence, puisque ces contrats peuvent se concevoir sans ces effets auxquels les parties ont en général la faculté de renoncer par des conventions particulières.

Enfin, il ne faut pas confondre les unes et les autres avec les *qualités* ou *conditions accidentelles* des contrats, qui sont les conditions ou clauses accessoires par lesquelles les parties modifient les contrats pour étendre ou restreindre leurs effets naturels. C'est alors la dérogation à la qualité naturelle qui devient la qualité accidentelle.

1445. Nous verrons ce qui concerne les *conditions* ou *qualités essentielles* de certains contrats, les *qualités naturelles* et les *qualités accidentelles*, en traitant des différents contrats dans lesquels elles doivent ou peuvent se rencontrer. Ici nous ne nous occuperons que des quatre conditions essentielles de tous les contrats, à savoir : le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

SECTION I. — DU CONSENTEMENT.

§ 1. — *Comment le consentement rend la convention parfaite, et comment il doit être manifesté.*

SOMMAIRE. — 1446. Il n'y a pas de convention sans consentement. — 1447. Différences entre la convention et la pollicitation ; la convention est une promesse acceptée. — 1448. Il n'est pas toujours nécessaire que l'acceptation soit exprimée. — 1449. Comment on peut contracter avec soi-même. — 1450. Le consentement n'est en général soumis à aucune forme. — 1451. Du consentement entre présents ; entre absents ; par l'intermédiaire d'un messager. — 1452. Des conventions par lettres ou par correspondance. — 1453. Moment précis de la formation des contrats par lettres. — 1454. Du consentement qui résulte d'une lettre de recommandation. — 1455. Du consentement exprès. — 1456. Effets du consentement, lorsque l'une des parties accorde plus ou moins que l'autre ne demande. — 1457. Effets du consentement sur les demandes alternatives. — 1458.

1446. Les conventions ayant pour résultat de gêner la liberté de ceux qui s'engagent, puisqu'elles leur imposent la nécessité de faire une chose qu'auparavant il dépendait d'eux de faire ou de ne pas faire, il faut en conclure que le consentement de ceux à qui une obligation est imposée est la première de toutes les conditions du contrat qui produit cette obligation. C'est le consentement qui forme le lien de droit, et qui fait que nul ne peut se plaindre du poids d'une chaîne dont il s'est volontairement chargé.

Le consentement produisant l'obligation, et toute obligation, comme tout devoir imposé à une personne, ne pouvant se concevoir sans le droit corrélatif qui appartient à une autre d'en exiger l'accomplissement ou l'exécution, il en résulte qu'il n'y a de consentement obligatoire que celui qui, fait par une personne, est accepté par une autre ; en d'autres termes, tout contrat suppose l'accord de deux parties sur des offres ou sur une proposition faites d'un côté, et acceptées de l'autre. Il n'y a donc de consentement obligatoire que lorsqu'il est réciproque.

1447. Il suit de là qu'il n'y a pas de contrat tant qu'une promesse faite d'un côté n'a pas été acceptée de l'autre. Il y a simplement ce que le droit romain appelait une *pollicitation* (1), dont on peut se départir tant qu'elle n'a pas été acceptée. Cela est vrai, soit qu'il s'agisse d'un contrat unilatéral, soit qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique, parce qu'il n'y a, à cet égard, d'autre différence entre les deux espèces de contrats, que celle qui résulte de ce que dans le contrat synallagmatique la promesse venant des deux parts, l'acceptation doit être réciproque, tandis que, dans le contrat unilatéral, la promesse ne venant que d'un côté, l'acceptation ne doit venir que de celui à qui l'offre est adressée.

1448. Du reste, pour que la promesse devienne irrévocable, il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit exprimée dans l'acte qui la constate. L'engagement pris par une personne envers une autre personne nommée ou innomée, donne un droit acquis à celui que l'engagement constitue créancier, aussitôt que le titre qui renferme la promesse se trouve entre ses mains dans une forme qui en fait supposer l'acceptation, C'est ce qui a lieu dans les obligations unilatérales, telles que les billets simples, à ordre ou au porteur. Quoique l'obligé seul parle dans l'obligation, on n'en présume pas moins l'acceptation de ceux qui sont appelés à en profiter.

1449. Il se rencontre même, en matière commerciale, des contrats dans lesquels une seule personne paraît intervenir et faire seul l'office des deux parties. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans les lettres de change tirées sur soi-même, et à l'ordre de soi-même, et dans lesquelles le tireur se trouve à la fois créancier, parce que l'effet est à son ordre, et débiteur, parce que c'est lui qui doit le payer. Mais comme la lettre de change à l'ordre de soi-même n'est valable qu'après la cession qui en est faite à un tiers par voie d'ordre, et que l'obligation n'est parfaite que par l'intervention de ce tiers qui est consti-

(1) *Pollicitatio est solius offerentis promissum*, L. 3, ff. *De pollicit.* — En droit romain, la pollicitation était obligatoire dans certains cas : *Si quidem ob honorem promiserit, decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam causam, tenebitur ex pollicitatione.* (*Ibid.*)

tué créancier, il faut reconnaître que, dans ce cas comme dans les autres, c'est l'acceptation de ce tiers qui complète le contrat et rend la promesse irrévocable.

On trouve encore un autre exemple d'une semblable confusion de deux qualités en la même personne, dans le cas où un commissionnaire se rend lui-même acquéreur des marchandises de son commettant qu'il est chargé de vendre; mais dans ce cas encore, et quelles que soient les apparences, le véritable vendeur n'est pas ici le commissionnaire, c'est le commettant qui, en chargeant le commissionnaire de vendre pour un prix déterminé, et au mieux de ses intérêts, a d'avance consenti à la vente qui en serait faite.

Ce sont ces apparences qui faisaient dire aux anciens auteurs que les commerçants pouvaient contracter avec eux-mêmes; être à la fois agents et patients : *Actio et passio non datur in eodem subjecto*, disait Ansaldus (1). *Sed ultrà quod hujus modi regula passim limitatur in aliis quoque casibus, præcisè tamen fallit inter mercatores qui possunt compatibiliter sibi solvere; et hæc consuetudo nedum est juridica et rationabilis, verum etiam quodammodo necessaria tam ob faciliorem negotiorum expeditionem, tum etiam quia eadem negotia perficiuntur plerumque per litteras, et esset multiplicare incommoditates quotiès adhibenda essent instrumenta, et apponendæ tertiæ personæ, quæ illam mandantis seorsim approbarent*. Casaregis disait presque dans les mêmes termes : *Nedum rationabilis, verum etiam necessarius ob publicum commercium, reputatur mercatorum stylus quo absolutè fuit introducta in unâ personâ repræsentatio plurium personarum, ut compatibiliter ab unâ tantum personâ cum se ipsâ iniri valeant contractus* (2)... *Nam quidquid sit de jure, specialiter inter mercatores ex eorum communi stylo et usu, rectè quidem pro facilitate commercii introductum ac receptum ubique fuit sibimet ipsis vendere res aut merces ad se transmissas a suis corresponsalibus et vice versâ merces proprias pro suis corresponsalibus emere, quod inter mercatores dicitur* fare le contazioni a se stessi (3).

(1) *Disc. gen.*, n. 40.
(2) *Disc.* 76, n. 18.
(3) *Disc.* 120, n. 34. Voy. aussi *Disc.* 133, n. 5; *Disc.* 198, n. 44; *Disc.* 202, n. 3.

Ce qu'Ansaldus dit des contrats en général, et ce que casaregis, dans les passages précités, applique particulièrement à la vente, le cardinal de Luca l'applique au contrat de change : *Stante expressâ facultate cambiandi cum se ipso, quâ concurrente hodiè receptum est ac passim practicatum, id licitè fieri posse absque aliquâ incompatibilitate, ob reduplicationem seu pluritatem diversarum personarum formalium diversis respectibus concurrentium in eâdem personâ materiali, una scilicet creditoris, altera mandatarii debitoris, et tertia bancherii seu campsoris dantis sibi ipsi tanquam mandatario debitoris pecunias ad cambium* (1).

Du reste, les paroles de ces auteurs, de même que les exemples qu'ils proposent, prouvent qu'en disant qu'on peut contracter avec soi-même en matière commerciale, ils s'attachaient aux apparences plutôt qu'à la réalité, puisqu'ils reconnaissaient qu'un contrat dans lequel une seule personne fait l'office de deux, n'est valable que parce que la personne qui paraît, agit tant en son nom qu'au nom d'une autre personne qui ne paraît pas, mais qui a déjà donné le mandat de consentir pour elle, ou plutôt qui a déjà consenti. Tout ce qui résulte de cette manière d'agir, c'est que les deux volontés dont le concours est nécessaire pour former l'accord et mettre le sceau au consentement, peuvent ne pas être manifestées l'une en même temps que l'autre, et qu'il suffit que l'une existe encore quand l'autre intervient, pour qu'elles se confondent, et que l'une et l'autre deviennent irrévocables : preuve nouvelle de la nécesssité d'un accord entre deux ou plusieurs personnes pour former le consentement et donner la vie au contrat. C'est ici que peut s'appliquer avec vérité la définition que la loi romaine donne des conventions : *Duorum pluriumve in idem placitum consensus.*

1430. Si le consentement est nécessaire en lui-même, il n'est, en général du moins, soumis à aucune forme nécessaire. La forme particulière exigée pour certains contrats tient plutôt à la preuve de l'acte qu'à son essence ; et quand

(1) *De camb., Disc.* 2, n. 2, Voy. aussi de Turri, *De cambiis*, disp. 1, quæst. 2, n. 10, et quæst. 11, n. 6 et 17 ; Scaccia, *De comm. et camb.*, § 6, *gloss.* 1, n. 24 et 77.

un contrat est nul, faute d'être constaté dans la forme spécialement exigée, ce n'est pas parce que le consentement lui fait défaut ; c'est parce que la loi ne veut pas qu'on puisse valablement consentir à un contrat qu'elle n'admet pas, ou qu'elle n'admet que sous une certaine forme.

1451. Le consentement, n'étant soumis à aucune forme particulière, peut donc intervenir aussi bien entre absents qu'entre présents ; il peut aussi être exprès ou tacite : *Labeo ait convenire posse, vel re, vel per epistolam, vel per nuntium ; inter absentes quoque posse ; sed etiam tacitè consensu convenire intelligitur* (1).

Entre présents, le consentement se manifeste par la parole ou par des faits équivalents ; entre absents, il est transmis soit par l'intermédiaire d'un émissaire ou d'un messager, *per nuntium*, soit par lettre, *per epistolam*, qui remplace la parole.

Si je vous envoie quelqu'un pour vous faire une proposition, et que vous acceptiez cette proposition, le consentement que vous manifestez, en répondant à mon émissaire, vous lie comme si vous m'aviez parlé à moi-même, parce que l'émissaire me représente ; et par la même raison, dans ce cas, le contrat est formé à l'instant même où mon émissaire reçoit votre réponse, sans qu'il soit nécessaire qu'il me l'ait préalablement transmise (2).

Si au contraire, après avoir reçu de vous un messager qui m'a apporté votre proposition, je vous en envoie un autre pour vous porter mon acceptation, le contrat n'est formé que lorsque mon envoyé vous a transmis mon consentement, parce que c'est alors seulement que se forme le concours des deux volontés nécessaires à la perfection du contrat (3).

1452. Les contrats qui se forment par lettre ou par correspondance présentent plus de difficulté. La correspondance est le mode le plus ordinaire de contracter en matière commerciale : *Verbis enim rarò contingit consensus*, dit Raphaël de Turri, en parlant du contrat de change (4). Aussi ce mode de

(1) L. 2, ff. *De pactis.*
(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 94.
(3) Voy. *inf.*, n. 1453.
(4) *De camb.*, disp. 1, quæst. 2, n. 2.

contracter a-t-il été admis de tout temps par la coutume commerciale, ainsi que le prouvent de nombreux passages des décisions de la rote de Gênes, tous fondés sur l'opinion ancienne des docteurs : *Promissio quæ fit inter absentes per litteras, sicut faciunt mercatores, præsumitur contractus ex quo possint conveniri* (1) ; et l'article 109 du Code de commerce, en disposant que les achats et ventes se prouvent par la correspondance, fait à un cas particulier l'application d'un principe général qui n'est contredit par aucun principe de notre droit civil. M. Toullier (2) et M. Duranton (3) semblent voir, il est vrai, dans l'article 109 du Code de commerce, une dérogation aux règles générales, et notamment à l'article 1325 du Code civil, sur l'obligation d'un double écrit dans le cas de conventions synallagmatiques constatées par sous seing privé. Mais, comme le fait très-bien remarquer M. Merlin (4), la correspondance ou les lettres missives ne constituent pas des actes sous seing privé proprement dits ; d'où il suit que la preuve qui résulte de la correspondance est autre que celle qui résulte d'actes en forme, et est soumise à des règles particulières, soit en matière civile, soit en matière commerciale.

On peut donc toujours contracter par correspondance, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat dont la validité est subordonnée, quant à l'instrument, à des formalités particulières de rédaction ou d'authenticité.

1453. Du reste, c'est là un point qui ne fait plus aujourd'hui l'objet d'aucun doute. Il est un autre point, au contraire, sur lequel il existe une grande divergence entre les auteurs : c'est celui de savoir à quel moment précis le contrat formé par lettres acquiert sa perfection. J'ai déjà eu l'occasion de m'expliquer sur cette question dans le courant de cet ouvrage (5), en recherchant en quel lieu sont formés les contrats par lettres qui interviennent entre absents, et j'ai pensé que

(1) *Rote de Gênes*, décis. 45, n. 3; décis, 48, n. 6 ; décis. 52, n. 2.
(2) T. VIII, n. 325.
(3) T. XVI, n. 44.
(4) *Répert.*, v° *Double écrit.*
(5) T. I, n. 570.

ces contrats sont formés dans le lieu où la réponse de l'acceptant parvient au proposant, parce que c'est alors seulement que se rencontrent les deux volontés, qui deviennent irrévocables, aussitôt qu'elles sont respectivement connues des deux parties. En effet, une lettre, comme le dit Cujas (1), ne constitue ni le contrat, ni le consentement; seulement elle annonce le consentement : *Epistola non contrahit sed nuntiat dominum contrahere.* Les lettres font l'office de la parole. C'est ce qu'exprime très-bien une décision de la rote de Gênes : *Ambæ scripturæ repræsentantes personam scribentium semper loquuntur ad invicem, undè dicuntur loqui præsentibus ipsis* (2). Donc, tant qu'une lettre n'est pas arrivée à sa destination, elle n'opère rien contre celui qui l'a écrite, au profit de celui à qui elle est adressée, pas plus qu'on ne peut se prévaloir de paroles qui n'ont pas été entendues; d'où il suit que celui qui a fait une offre par lettres, pouvant la révoquer tant qu'elle n'a pas été acceptée, peut manifester cette révocation tant qu'il n'a pas reçu la lettre d'acceptation; et que de son côté celui qui accepte ou qui consent peut révoquer son consentement tant que la lettre dans laquelle il est consigné n'est pas arrivée au proposant. *Epistolâ antequam perveniat ad eum cui est directâ, nulla oritur obligatio mittentis seu scribentis* (3).

M. Merlin (4) et M. Troplong (5) ont parfaitement établi ces propositions, avec l'abondance d'arguments et d'autorités qui les distinguent; néanmoins elles ont trouvé des contradicteurs plus ou moins absolus. Les uns qui, tout en reconnaissant que

(1) Sur le titre du Code, *Si quis alteri vel sibi emerit.*

(2) Décis. 45, n. 6.

(3) Ansaldus, *Disc.* 61, n. 9. — On admet toutefois généralement dans les usages du commerce, que celui qui fait une offre par lettre est réputé prendre l'engagement tacite de ne pas la retirer avant l'expiration du délai nécessaire pour que celui à qui il l'a adressée puisse y répondre et l'accepter. Mais la constatation de cet usage dans chaque cas particulier, et la détermination du délai pour l'acceptation rentrent dans les attributions du juge du fait. V. Cass., 20 fév. 1870, S., 70, 1, 296. — V. aussi M. Demolombe, *Des oblig.*, t. I, n. 66.

(4) *Répert.*, v° *Vente*, § 1, art. 3.

(5) *De la vente*, t. I, n. 22 et suiv., et *Du louage*, n. 105, à la note. — *Adde* MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 247 et suiv. — V. aussi M. Larombière, t. I, n. 19.

l'auteur de la proposition par lettre peut la révoquer, tant que celui à qui elle a été adressée n'a pas répondu, décident que l'envoi de la réponse lie irrévocablement et avant qu'elle soit reçue le proposant et acceptant (1) ; les autres qui, tout en admettant que lorsqu'il s'agit de lettres confiées à un intermédiaire subordonné à la volonté de celui qui écrit, l'acceptant peut, en retenant son émissaire et en lui retirant la lettre, changer de volonté, décident cependant que le consentement devient irrévocable avant la réception de la lettre, quand la lettre par laquelle on consent est mise à la poste, dépôt public d'où il n'est plus possible de la retirer, et où elle cesse sur-le-champ d'être la propriété de l'envoyeur pour devenir la propriété du destinataire (2).

Examinons successivement ces deux opinions, qui arrivent au même but par des moyens contraires.

La première, qui reconnaît que le proposant peut révoquer sa proposition tant qu'on ne lui a pas répondu pour accepter, mais qui décide que l'envoi de la réponse lie irrévocablement les deux parties avant même qu'elle soit reçue par le destinataire, se fonde sur ce que le consentement seul oblige, et sur ce qu'il n'est pas nécessaire que le consentement de celui à qui une proposition est adressée soit connu du proposant, pour qu'il y ait rencontre des volontés réciproques et que le contrat soit formé par leurs concours. Et on appuie ce raisonnement sur une assimilation entre le cas où celui à qui une proposition est adressée, au lieu de répondre, se livre à un fait d'exécution ; et comme cette exécution, qui implique et prouve le consentement, forme irrévocablement le contrat, on en conclut que le consentement manifesté par lettre forme également le contrat aussitôt que la lettre est partie. Mais cette assimilation n'est pas exacte. Un fait d'exécution est irrévocable, non parce qu'il prouve le consentement, mais considéré en lui-même et comme consom-

(1) M. Cadrès, article inséré dans la *Revue de droit français et étranger*, t. I, p. 268; Duranton, t. XVI, n. 45; Marcadé, sur l'art. 1108, n. 2; M. Demolombe, *Des obligations*, t. I, n. 73 et suiv.

(2) M. Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 61.

mation de l'affaire proposée. Il prouve sans doute le consentement; mais si la proposition d'une part et l'acceptation d'autre part ne peuvent plus être révoquées, après l'exécution, bien que cette exécution ne soit pas encore connue du proposant, c'est parce que les choses ne sont plus entières, et que l'acceptant, en se fermant, par l'exécution, toute issue vers le repentir, est lié par son fait, et lie en même temps le proposant qui ne peut se départir d'une proposition passée à l'état de fait accompli (1). Quand, au contraire, les choses étant encore entières, celui à qui une proposition est faite répond qu'il l'accepte, la question n'est pas de savoir si un consentement donné est irrévocable, mais si le consentement est donné tant que la lettre qui le contient n'est pas parvenue à sa destination. Et ici on rentre dans les arguments par lesquels les auteurs dont j'ai invoqué l'autorité, établissent qu'il n'y a pas consentement tant que la lettre qui le porte n'est pas arrivée à sa destination, parce qu'une lettre non arrivée n'est pas autre chose qu'une parole non entendue. La lettre frappe les yeux comme les paroles frappent l'ouïe : et de même qu'on peut se départir d'une proposition ou d'un consentement verbalement manifestés, tant que l'ouïe de celui à qui ils s'adressent ne les a pas perçus, de même aussi on peut se départir de la proposition ou du consentement contenus dans une lettre, tant que la vue ne s'en est pas emparée.

On oppose que si le proposant peut se départir de sa proposition tant qu'il n'a pas reçu la réponse, et que si l'acceptant peut se départir de l'acceptation tant que sa réponse n'a pas été reçue, il n'y a pas de raison pour ne pas décider que l'acceptant n'est lié que lorsqu'il sait que sa réponse est arrivée, et qu'en poursuivant ce raisonnement, on arriverait à l'impossibilité de tout concours de volontés par correspondance. Ce serait, dit-on, vouloir trouver la fin d'un cercle. C'est là créer une difficulté imaginaire, qui a pour base une supposition toute gratuite. Si le proposant peut retirer sa proposition tant

(1) Je crois que ces considérations répondent à la principale objection de M. Demolombe, *loc. cit. sup.*, n. 75.

qu'il ne sait pas si celui à qui elle est adressée l'accepte, cette proposition devient irrévocable, dès qu'il a reçu la réponse, parce qu'alors se forme le concours des deux volontés; et par la même raison, l'acceptant ne peut plus se rétracter dès que sa lettre est parvenue au destinataire, sans qu'il soit nécessaire qu'il sache que la lettre est parvenue, parce que cette connaissance n'ajouterait rien aux consentements qui ont été donnés et reçus. Les parties se meuvent donc dans un espace parfaitement limité: le point de départ et celui d'arrivée sont donc déterminés sur le cercle qu'elles parcourent. Supposer le contraire, c'est confondre les positions diverses du proposant et de l'acceptant, et ne pas comprendre la raison du principe qui assigne pour moment précis de la formation du contrat, le moment où l'acceptation est connue du proposant.

C'est cependant dans cette confusion qu'est tombé un arrêt de la cour du Banc du Roi, en Angleterre, rendu en 1818 (1). Voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée par M. Carey, avocat anglais, dans un article inséré dans la *Revue du droit français et étranger* (2). Lindsell, marchand de laine à Sain-Yves, avait écrit, le 2 septembre 1817, à Adams, fabricant à Bromsgrove, pour lui offrir une certaine quantité de laines livrable à des époques déterminées. Adams répondit qu'il acceptait. Mais, avant la réception de cette réponse, Lindsell avait vendu la laine à une tierce personne, de sorte qu'il ne put la livrer conformément à l'offre par lui faite, et acceptée par Adams. Sur la demande contre lui formée par Adams, Lindsell répondit que jusqu'au moment où la lettre d'Adams avait été reçue par lui, il n'y avait pas eu de contrat, et que jusque-là il avait pu retirer son offre et vendre la laine à un autre acheteur. La cour décida le contraire et condamna Lindsell. En cela elle fit bien, puisqu'il n'avait pas prévenu Adams du retrait de la proposition avant d'avoir reçu sa réponse; et qu'il est bien évident que la faculté accordée au proposant de se dédire tant qu'il n'a pas reçu la réponse qui lui transmet l'acceptation, est subordonnée à l'obligation d'instruire l'autre partie de ce changement d'avis, avant la réponse

(1) Barnewall and Alderson's *Reports*, vol. I, p. 681.
(2) T. I, p. 790.

reçue. Mais, au lieu de se fonder sur cette raison péremptoire, la cour du Banc du Roi considéra que « si l'argument proposé en faveur de Lindsell et compagnie était fondé, aucune convention ne pourrait être conclue par correspondance, car si Lindsell et compagnie ne se trouvaient pas engagés par leur offre jusqu'au moment de la réception faite par Adams et compagnie, alors ces derniers ne devraient pas être engagés avant d'avoir reçu la lettre de Lindsell, qui leur annonce la réception de l'acceptation de l'offre, et cela irait à l'infini. — Lindsell et compagnie, ajoute l'arrêt, doivent être considérés, en droit, comme faisant, durant tout le temps que leur lettre était en route, la même offre à Adams et compagnie, et alors le contrat se trouve conclu par l'acceptation qui en est faite de la part de ces derniers. » Ce dernier motif seul est concluant, en ce sens que l'offre comme l'acceptation persistent tant qu'elles ne sont pas révoquées ; mais elles peuvent être révoquées l'une et l'autre, en ce sens que, tant que l'acceptation n'est pas arrivée au proposant, celui-ci peut retirer une offre non acceptée, et que l'acceptant peut rétracter une acceptation sur laquelle le proposant n'a aucun droit tant que la lettre qui la lui porte n'est pas en son pouvoir (1).

Ceci nous conduit à l'examen du système suivant lequel, tout en admettant ces solutions, dans le cas où les parties confient leur lettre à un émissaire dont elles disposent, on décide qu'il en est autrement quand la lettre est confiée à la poste, dépôt public, d'où il n'est plus possible de la retirer, et où elle cesse sur-le-champ d'être la propriété du souscripteur pour devenir la propriété du destinataire. Alors, dit M. Duvergier, le consentement est irrévocable et acquis à celui à qui il s'adresse, car c'est en quelque sorte à lui-même qu'il est remis. Mais à cela on peut répondre que la lettre ne devient pas la propriété du destinataire au moment du dépôt puisque, moyennant certaines formalités, qui n'ont d'autre objet que de certifier l'identité du réclamant et du souscripteur de la lettre, on obtient la restitution d'une lettre mise à

(1) V. Bordeaux, 17 janvier 1870, S., 70, 2, 219.

la poste. Et en supposant, d'un autre côté, que la poste puisse être considérée comme un mandataire, elle serait à la fois le mandataire des deux parties, de telle sorte, que, sous ce point de vue, il n'y aurait pas plus de raison pour prétendre que la lettre remise à la poste appartient au destinataire, que pour prétendre qu'elle n'a pas cessé d'être la propriété du souscripteur. Il faut d'ailleurs avoir soin de remarquer, avec M. Troplong, que la question n'est pas de savoir si, pour des motifs de sûreté dans les communications, on ne peut pas retirer une lettre de la poste, mais si on ne peut en révoquer le contenu par une seconde dépêche qui arrivera plus promptement que la première, ce qui ne saurait être douteux. On m'écrit de Rouen pour me faire une proposition: par lettre mise à la poste, je réponds que je l'accepte. Mais aussitôt ma lettre partie, je change d'avis, et j'envoie une dépêche télégraphique qui arrive avant ma lettre et annonce que je n'accepte pas. Est-ce qu'on pourra m'opposer l'acceptation que renferme ma lettre ? Évidemment non ; la dépêche qui l'a gagné de vitesse l'a rendue comme non avenue. Il ne saurait y avoir deux manières de résoudre la question, et je ne puis comprendre comment un aussi excellent esprit que M. Duvergier a pu hésiter sur ce point.

Il faut donc reconnaître qu'en matière de conventions par lettres, et lorsque l'acceptation d'une proposition est consignée dans une lettre envoyée au proposant par l'acceptant, le contrat se forme au moment où cette réponse est reçue par le destinataire.

Remarquons au surplus que cette règle n'est applicable qu'en ce qui touche le consentement exprès à une proposition faite par lettres. Il y a, pour le consentement tacite, d'autres règles, dans l'explication desquelles j'entrerai bientôt (1).

1454. Ajoutons ici qu'en matière de contrats par correspondance, le consentement ou l'obligation ne peut résulter d'une simple lettre de recommandation adressée par un commerçant à son correspondant, au profit d'un tiers. Dans les cas ordinaires, la lettre de recommandation ne constitue pas celui qui l'é-

(1) Voy. *inf.*, n. 1459.

crit caution de celui à qui elle est remise, ni débiteur des sommes qu'elle aurait engagé le destinataire à prêter à ce dernier. *Litteræ commandatitiæ regulariter non obligant scribentem*, dit Ansaldus(1). Il faut, pour qu'elles donnent naissance à un contrat, que, outre la recommandation, qui est un acte d'obligeance, elles contiennent quelque énonciation d'où l'on pourrait faire résulter une obligation précise et déterminée. Tel est le cas où, au lieu d'être conçue en termes généraux et vagues, une lettre de recommandation contiendrait prière de compter à celui qui en est porteur une somme déterminée, ou de lui remettre un corps certain. Le souscripteur de la lettre serait alors obligé vis-à-vis de celui à qui elle adressée, qui compte la somme ou qui remet la chose : *Quotiès ultrà commendationem aliquid certi continerent* (*litteræ*), *nimirum ut personæ commendatæ præstaretur certa quantitas vel res* (2).

Il y a encore autre chose à dire sur les contrats qui se forment entre absents, et notamment par correspondance. Mais comme cela se rapporte à la manière dont le consentement est exprimé, il est nécessaire d'entrer d'abord dans quelques explications à cet égard.

1455. Comme nous l'avons déjà vu, le consentement peut être exprès ou tacite (3).

Le consentement est exprès quand il se manifeste par un des signes extérieurs qui traduisent la pensée de l'homme, par la parole, par l'écriture ou même par gestes; il est tacite quand il résulte d'un fait qui suppose un acquiescement à des actes déjà accomplis, ou un consentement anticipé à des actes futurs.

Quand le consentement est exprès, il ne peut jamais y avoir de difficulté que sur le point de savoir à quoi l'on a consenti. Il s'agit alors d'interpréter l'acte qui renferme le consentement et non de savoir s'il y a consentement. D'où il suit que de tous les consentements, le plus exprès est le *fait*, puisque c'est celui qui laisse le moins de place à l'interprétation.

(1) *Disc. gen.*, n. 184 et suiv.
(2) *Ibid.*
(3) Voy. *sup.*, n. 1451.

Quand je vous délivre la chose que vous me demandez, il est évident que je consens à vous la délivrer.

Néanmoins le consentement exprès, surtout lorsqu'il intervient entre absents, peut donner lieu à des difficultés particulières qu'il importe d'examiner et qui sont relatives au défaut d'entente ou de rapport entre deux volontés exprimées séparément et à distance.

1456. Les auteurs examinent la question de savoir si, lorsque l'une des parties accorde plus ou moins que l'autre ne demande, il est nécessaire, pour la formation du contrat ou du consentement, que celle-ci accepte le plus ou le moins qui lui est offert ; ce qui revient à savoir si le consentement qui résulte d'une demande déterminée a besoin d'être réitéré lorsque la partie à laquelle la demande est faite offre plus ou moins qu'on ne lui demande.

L'accord exact de la réponse et de la demande était exigé par le § 5 du titre des Instituts *De inutilibus stipulationibus : Inutilis est stipulatio si quis ad ea quæ interrogatus fuerit non respondeat : veluti si quis decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contrà.* « La stipulation est inutile si la réponse ne concorde pas avec la demande; par exemple, si l'on stipule que vous payerez dix pièces d'or, et si vous en promettez cinq, ou réciproquement. » Cette opinion était conforme à celle de Gaïus. *Si creditor decem solidos debitorem interroget, et debitor quinque promittat, hoc ordine, totum debitum vacillare cognoscitur* (1). Cependant l'opinion contraire d'Ulpien et de Paul est reproduite au Digeste. D'après ces jurisconsultes, le moins étant toujours contenu dans le plus, il y a consentement parfait sur le moins, soit qu'on accorde plus, soit qu'on accorde moins que ce qui est demandé. *Licet enim oportet congruere summam, attamen manifestum est viginti decem inesse*, dit Ulpien (2);... *quia semper in summis id quod minus est sponderi videtur*, dit Paul (3).

(1) *Fragm.*, lib. II, tit. IX, § 10; *Comment.* 3, § 102.
(2) L. I, § 4, ff. *De verb. oblig.*
(3) L. 83, § 3, ff. *ibid.*

Comme on le voit, l'opinion qui refusait de voir un engagement, faute d'accord parfait entre la proposition et la réponse, quand le désaccord ne portait que sur la différence du plus au moins ou du moins au plus, considérait chacune des sommes offertes ou demandées comme un objet distinct, ce qui empêchait qu'il n'y eût consentement et accord, *in idem placitum consensus ;* tandis que l'opinion contraire ne les considérait que comme des quantités, en validant le consentement en tant qu'il portait sur la quantité moindre qui était comprise dans la plus grande (1).

La solution de la difficulté dépend donc du point de savoir si la différence entre la demande et la réponse, porte sur l'objet même du contrat proposé, ou sur une quantité qui ne touche pas à l'objet.

Je vous écris pour vous proposer cent pièces de vin à acheter. Vous me répondez que vous en acceptez cinquante. Faut-il, pour qu'il y ait vente des cinquante pièces, que je manifeste le consentement de n'en vendre que cinquante ? Non, d'après Paul et Ulpien, et la plupart de leurs interprètes, parce que le moins est contenu dans le plus, et qu'en consentant à vendre cent pièces, je consens par cela même à en vendre cinquante. Oui, d'après les Instituts, parce que l'objet de la vente est cent, et non cinquante, et qu'en acceptant cinquante lorsque cent me sont proposés, la proposition et la réponse portent chacune sur un objet différent. Cette dernière opinion me paraît la mieux fondée, parce qu'en vous proposant un nombre déterminé de pièces de vin, il est à présumer que c'est ce nombre et non un nombre inférieur, qui fait l'objet de ma proposition ; si donc vous en acceptez un nombre inférieur, nous ne sommes plus d'accord tant que je ne vous aurai pas manifesté de mon côté l'intention de conformer mon offre à la vôtre. Ici, il ne s'agit pas de quantités, et on ne peut pas dire, dès lors, que le moins est contenu dans le plus.

C'est ce qui deviendra encore plus sensible dans l'hypothèse

(1) M. Ortolan, *Explication historique des Instituts*, t. II, p. 179.

inverse, c'est-à-dire si je vous propose cinquante pièces à acheter et que vous me répondiez que vous en achetez cent. Le consentement que vous me donnez d'en acheter cent ne renferme pas celui d'en acheter cinquante, parce qu'il porte précisément et limitativement sur cent et non sur cinquante.

« Je demande, dit M. Toullier (1), qui emprunte ce raisonnement à Thomasius (2), je demande que vous me prêtiez 10,000 fr. ; vous m'offrez de m'en prêter 20,000 : point de consentement, ni par conséquent de convention, si je ne manifeste la volonté d'accepter 20,000, parce que vous pouvez avoir des raisons de ne pas séparer vos fonds ; ce qui est vrai. De même je demande que vous me prêtiez 20,000 fr. ; vous m'offrez de m'en prêter 10,000 : point encore de consentement, parce que je puis avoir intérêt à ne pas emprunter par petites sommes, afin de n'avoir pas plusieurs créanciers »

Dans toutes les hypothèses qui précèdent, le désaccord, portant en apparence sur la quantité, porte donc en réalité sur l'objet même de la convention, ce qui empêche qu'il n'y ait consentement, et, par conséquent, engagement et contrat.

Mais il peut se présenter des cas où le désaccord sur la quantité ne touche en rien à l'objet du contrat. C'est encore M. Toullier qui nous fournit un exemple (3).

A écrit à B pour lui offrir cent pièces de vin, à 600 fr. la pièce. B, de son côté, écrit à A pour lui en demander cent à 650 fr. L'offre et la demande se croisent, de sorte qu'elles arrivent à leur adresse après que chacune des parties a offert et demandé. Peut-on en conclure qu'il y a consentement sur une de ces deux sommes ? Sans aucun doute : il y a consentement sur le prix de 600 fr,, puisque, demandé par le vendeur, il est accordé par l'acheteur qui allait même jusqu'à offrir 650. C'est ici qu'on peut dire avec vérité que le moins est contenu dans le plus (4). Si je consens à payer une chose

(1) T. VI, n. 27.

(2) Thomasius, *Dissert. de oblig. ex promissione rei incertæ*, § 65, t. III, *Dissert.*, p. 123.

(3) *Ubi sup.*, n. 28.

(4) *In stipulationibus id servatur ut quod minus esset, videretur in obligationem deductum.* (LL. 12 et 109, ff. *De verb. obl.*)

650 fr., je consens, à plus forte raison, à la payer 600. Et le vendeur, qui me l'offrait pour 600, est lié par cette offre que l'acceptation rend irrévocable. Il est évident qu'ici le désaccord ne porte pas sur l'objet du contrat, qui est une vente de cent pièces de vin, moyennant un certain prix, mais seulement sur une quantité indifférente, puisque le prix demandé étant inférieur au prix offert, il y a consentement réciproque au prix demandé.

Il n'est pas besoin de faire remarquer qu'il en serait autrement si le prix offert était inférieur au prix demandé, parce que, loin d'y avoir consentement, il y aurait dissentiment absolu. Le jurisconsulte Pomponius exprime très-bien cette différence entre les deux cas proposés : *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur ; sed si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere utique non pluris erit conductio quam ego putavi*. En d'autres termes, si l'accord n'existe pas sur le prix quand le vendeur demande plus et que l'acheteur offre moins, cet accord existe dans le cas inverse, c'est-à-dire quand le vendeur demande moins et que l'acheteur offre plus, parce que, sous ce rapport, le moins est contenu dans le plus (1).

1437. Le moins est encore contenu dans le plus, dans ce cas qui est également proposé par Pomponius : *Si ita stipulatus fuero : Decem aut quindecim dabis ? decem debentur* (2). Si je vous demande dix *ou* quinze, et que vous me promettiez dix, il y a accord parfait et consentement pour dix, non-seulement parce que quinze comprennent dix, mais surtout parce qu'en demandant dix *ou* quinze, je consentais d'avance à ne recevoir que dix, si vous n'accédiez à me donner que dix. Ici la différence porte, non sur l'objet même du consentement, mais sur une simple quantité.

On peut donc poser comme règle générale et comme moyen de connaître si un consentement est parfait, malgré le désaccord apparent dans les termes des propositions réciproques, qui offrent ou demandent plus ou moins l'une que

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. III, n. 108.
(2) L. 109, ff. *De verb. obl.*

l'autre, qu'il faut rechercher si ce désaccord porte sur l'objet même du contrat, ou seulement sur une simple quantité. S'il porte sur l'objet du contrat, il n'y a pas de consentement; s'il porte sur une simple quantité, et qu'il y ait consentement à plus que ce qui est demandé ou offert, il y a consentement parfait sur le moins demandé ou offert. L'usage de cette règle peut, en certains cas, présenter des difficultés; mais les exemples qui nous ont aidé à la trouver sont de nature à en faciliter l'application (1).

1438. Quant au consentement tacite, résultant d'un fait ou d'un ensemble de faits qui le supposent, il présente plus de difficultés que le consentement exprès.

Dans les conventions entre personnes présentes que rien n'empêche d'exprimer positivement ce qu'elles veulent et ce qu'elles ne veulent pas, il y a rarement lieu de rechercher l'existence d'un consentement tacite. On peut cependant en trouver des exemples dans le fait des marchands qui ont magasins ouverts avec enseignes pour appeler les chalands et annoncer aux acheteurs soit les objets mis en vente, soit le prix de ces objets. Ces marchands ne peuvent refuser de vendre à ceux qui se présentent pour acheter, au prix annoncé sur les étiquettes ou les enseignes, ou au prix débattu quand aucun prix n'a été fixé d'avance. *Negotiatoribus tabernam seu pergulam habentibus publicè, non licet expellere accedentes emendi causâ*, dit très-bien Straccha (2).

Il en est de même des aubergistes et des entrepreneurs de transports par terre ou par eau, qui ne peuvent refuser de recevoir ou de transporter les voyageurs, alors surtout que par des enseignes ou des annonces, ils ont en quelque sorte contracté avec le public : *Eòque magis si tabernarius, hospes, nauta et quilibet alius artifex aliquod signum vel tabellum, vel programma palam et publicè exposuissent ut alios ad se suaque respectivè negotia, vel ministeria invitarent* (3). Un texte d'Ul-

(1) V. M. Larombière, t. I, art. 1101, n. 11, et M. Demolombe, t. I, n. 51.

(2) *De mercat.*, part. I, n. 21.

(3) Straccha. *ibid.*; Casaregis, *Disc.* 122, n. 23; et *Disc.* 190, n. 7 et suiv.

pien semble, il est vrai, contraire à cette solution, et laisser aux aubergistes ou voituriers la faculté de ne permettre l'entrée de leur auberge ou de leur voiture qu'à ceux qu'il leur convient d'y admettre : *Nam est in ipsorum arbitrium ne quem recipiant* (1). Mais les deux commentateurs les plus accrédités de cette loi, Peckius (2) et Vinnius (3), se réunissent pour l'expliquer en ce sens que la faculté accordée par Ulpien s'entend de la faculté de ne pas ouvrir d'auberge, de ne pas entreprendre de transports, ou de cesser à volonté l'exercice de l'industrie, mais non de ne l'exercer qu'au profit de ceux avec lesquels il conviendrait à l'industriel de contracter : *Quod Ulpianus ait, esse in eorum arbitrio, ne quem recipiant, id non alium sensum habet, quam si dixisset liberum iis esse, et ab initio non exercere, et posteà id exercitium omittere; non autem hunc, posse perseverantes pro arbitrio suo vel recipere iter facientes, vel non recipere.*

On peut en dire autant de tous ceux qui exercent publiquement un commerce ou une industrie, *omnes aliquam artem, apothecam venalem, vel aliud officium publiè exercentes* (4); et notamment de ceux qui annoncent au public par lettres circulaires, par prospectus, offres de souscription : *per circulares litteras oblatorias, quibus uti solent mercatores in aperitione eorum negotii vel tabernæ* (5) : ils sont liés envers tous ceux qui se présentent pour traiter sur les bases qu'eux-mêmes ont déterminées.

Il y a exception à ces règles si le marchand ou l'industriel a une juste cause de s'abstenir des obligations qu'il a contractées avec le public : *aliquam justam vel rationabilem causam* (6); par exemple s'il n'a plus la marchandise qu'on lui demande; si l'auberge est pleine et toutes les places de la voiture prises : *propter multitudinem hospitum aut vectorum* (7);

(1) L. 11, ff. *Nautæ, caupones.*
(2) *Comment. ad hanc leg.*, n. 7.
(3) *Ad Peckium, ibid.*
(4) Casaregis, *ubi sup.*
(5) *Ibid.*, n. 10.
(6) *Ibid.*, n. 11.
(7) Peckius et Vinnius, *ubi sup.*

si les voyageurs qui se présentent peuvent être un sujet de trouble ou de danger : *si inter caupones et hospites inimicitia intercesserit* (1). Mais dans tous les cas où il n'y a pas une cause de cette nature, ou toute autre analogue, de laquelle, en cas de contestation, les tribunaux sont juges, celui qui s'engage envers le public s'engage par cela même envers les particuliers; en d'autres termes, le consentement exprès qu'il donne à son engagement envers le public renferme un consentement tacite d'admettre les particuliers dont la réunion compose le public, à se prévaloir de cet engagement.

1459. Mais c'est dans les conventions entre absents, et surtout dans les conventions par lettres ou par correspondance que naît le plus ordinairement la question du consentement tacite. Entre présents une demande ou une proposition provoque le plus ordinairement une réponse, et il est presque toujours possible de s'entendre, soit pour consentir, soit pour ne pas consentir. Mais, entre absents, il n'en est pas de même : une lettre écrite peut rester sans réponse, et avant qu'une seconde lettre ait sollicité ou obtenu cette réponse, le temps qui s'écoule peut compromettre tous les intérêts qui se rattachent à la proposition. Il faut donc que le défaut de réponse ou le silence ait sa signification. La difficulté consiste alors à déterminer cette signification suivant les circonstances et la nature de la proposition. C'est cette difficulté que nous allons essayer de résoudre, en cherchant à poser quelques règles générales propres à servir de guide au milieu de la diversité des cas, et auxquelles on puisse toujours rattacher la solution des questions particulières.

1460. Il faut d'abord remarquer que la question de savoir si le consentement peut s'induire du silence, et notamment du défaut de réponse à une lettre, n'est de nature à se présenter que dans les cas où une forme spéciale n'est pas exigée par la loi pour la manifestation du consentement, et la preuve du contrat. Ainsi, en matière de lettres de change, de société, d'assurances, de prêt à la grosse, de vente de bâtiments de mer, contrats pour la preuve desquels un acte écrit et rédigé dans

(1) Peckius et Vinnius, *ubi sup.*

une certaine forme et suivant certaines conditions, est nécessaire, un consentement tacite ne peut être invoqué, parce que ce consentement serait inutilement prouvé, dès que l'absence de l'acte, qui seul peut faire preuve du contrat, ne permettrait pas d'accorder à ce consentement les effets légaux et juridiques qu'il peut produire quand il s'agit de contrats qui ne sont pas soumis à une forme particulière.

Donc, quoique presque tous les anciens auteurs soient d'accord sur ce point, que l'acceptation d'une lettre de change par le tiré peut résulter du silence de celui-ci, qui a reçu la lettre et qui l'a gardée pendant un certain temps sans la refuser (1), aujourd'hui et sous l'empire de notre Code de commerce, dont l'article 122, conforme à l'article 2 du titre V de l'ordonnance de 1673, exige que l'acceptation de la lettre de change soit signée et par conséquent écrite, on ne pourrait se prévaloir du silence gardé par le tiré auquel la lettre a été remise pour en conclure qu'il a accepté, quel que fût le temps pendant lequel il l'a conservée entre ses mains. « L'ordonnance ayant voulu, dit Pothier (2), que l'acceptation fût faite par écrit, c'est une conséquence que nous ne devons pas admettre dans notre jurisprudence d'acceptation tacite résultant de ce que celui sur qui la lettre est tirée l'aurait reçue du porteur, et l'aurait longtemps retenue, sans néanmoins écrire au bas aucune acceptation. — Néanmoins, ajoute Pothier, s'il paraissait du dol de celui sur qui la lettre est tirée qui aurait exprès amusé longtemps le porteur, sur le faux prétexte qu'il a adiré la lettre, afin de l'empêcher de se pourvoir contre le tireur, pour se faire par lui donner caution faute d'acceptation, et que pendant ce temps le tireur eût fait banqueroute, celui sur qui la lettre est tirée, qui a amusé le porteur, est tenu de l'acquitter comme s'il l'eût

(1) Rote de Gênes, décis. 8, n. 13 et 14 ; décis. 58, n. 7 ; Casaregis, *Disc.* 30, n. 98 ; *Disc.* 102, n. 54 ; de Turri, *De camb.*, disp. 1, quæst. 21, n. 11 et 12 ; Scaccia, *De commerciis et cambio*, § 2, gloss. 5, n. 336 ; Marquardus, *De jure mercat.*, lib. III, cap. IX, n. 60 ; Strikius, *De camb. accept. litt.*, disp. 18, cap. III, § 21, n. 84, 86, 87.

(2) *Contrat de change*, n. 46.

acceptée ; mais cette obligation ne naît pas d'une acceptation, n'y en ayant pas eu, mais de son dol. » Cette distinction si vraie n'avait été aperçue ni par Dupuy de la Serra (1), ni par Jousse (2), qui, en décidant que le tiré qui a gardé la lettre sans la revêtir de son acceptation, peut être obligé de la payer, font découler cette obligation de ce que son silence longtemps prolongé équivaut à une acceptation, tandis qu'elle n'a d'autre cause que le dommage causé au porteur, dommage que le tiré est tenu de réparer, puisqu'il résulte ou de son dol ou tout au moins de sa faute.

Cette distinction peut s'appliquer à tous les contrats dont la preuve est soumise à des formalités spéciales. Dans tous les cas où le silence prolongé gardé par l'une des parties peut être considéré comme une faute ou comme un dol, celui qui se tait doit être condamné à réparer le dommage qui en résulte.

1461. Recherchons maintenant les effets du silence, dans les cas où le contrat n'est soumis à aucune forme particulière (3).

Il est évident d'abord que le silence, considéré en lui-même et abstraction faite des circonstances concomitantes, ne peut valoir consentement. Le consentement est la manifestation d'une volonté. Or le silence qui ne manifeste que l'intention de se taire, ou qui, en d'autres termes, est l'absence de toute manifestation, ne peut être pris comme la manifestation d'une volonté. Il se prouve lui-même, et rien de plus. La loi romaine dit vrai : *Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* (4). Si donc le silence accompagné de certaines circonstances peut faire présumer un consentement, il est incontestable que ce n'est pas le silence seul qui produit cet effet, mais bien les faits qui l'accompagnent, et qui lui donnent une valeur qu'il n'a pas par lui-même. L'adage *Qui ne dit mot consent*, manque donc d'exactitude, même dans les

(1) *Art des lettres de change*, ch. x, n. 8 et 9 ; max. 4.
(2) Sur l'art. 2 du titre V de l'ord. de 1675.
(3) V. Sur cette matière, M. Larombière, t. I, art. 1101, n. 11, et M. Demolombe, t. I, n. 57 et suiv.
(4) L. 142, ff. *De reg. jur.*

cas où il est applicable, en ce qu'en prenant le silence pour l'expression d'un consentement, il attribue à un fait négatif un effet positif qui résulte de la combinaison de ce fait avec les circonstances concomitantes ou antérieures.

Beaucoup d'auteurs, en traitant cette matière fort délicate, ont commis la même inexactitude; mais il en est d'autres qui se sont bien donné de garde d'y tomber. Bartole, en examinant la question de savoir quand le silence peut être pris pour un consentement : *quandò tacens consentire videtur,* et en cherchant à la soumettre à des principes certains et uniformes, arrive à reconnaître que le silence n'emporte par lui-même ni consentement, ni dissentiment, et qu'il ne peut recevoir une signification que des faits positifs qui l'accompagnent (1). Un autre auteur, Gluck (2), tout en reconnaissant que le consentement peut résulter de faits négatifs aussi bien que de faits positifs, *tàm in omittendo quàm in committendo,* quand les faits négatifs sont accompagnés de circonstances qui leur donnent une valeur, et que par conséquent le consentement peut résulter du silence, pose néanmoins en principe que le consentement ne peut jamais résulter du silence seul, parce que le silence par lui-même n'indique ni consentement, ni dissentiment, dès qu'il est permis à chacun de se taire lorsque rien n'oblige à parler.

La signification que le silence n'a pas par lui-même en matière civile, il ne l'a pas davantage en matière commerciale. Les choses ne changent pas de nature selon qu'on les envisage d'un point de vue purement civil, ou du point de vue des nécessités ou des intérêts commerciaux. S'il y a rarement lieu d'interpréter le silence en matière civile, et si la manière de traiter les affaires ordinaires de la vie exclut les occasions où la difficulté pourrait se produire, tandis qu'elle se présente fréquemment en matière commerciale où la correspondance joue un grand rôle, et où la promptitude des affaires ne permet pas de longs discours et veut qu'on s'entende à demi-mot,

(1) Sur les lois, 16, ff, *De senat. maced.*; 33, ff. *De soluto matrim.*; 12, § 1, ff. *Rem ratam haberi.*
(2) Commentaire des Pandectes, t. IV, § 290.

ce n'est pas une raison pour que le silence soit par lui-même plus expressif en matière commerciale; seulement les circonstances qui peuvent lui donner une valeur et une signification se rencontrant plus habituellement dans la vie commerciale que dans la vie civile, on est porté à attribuer au silence, en matière commerciale, l'autorité qu'il puise dans les circonstances. Cette confusion a été faite par plusieurs des auteurs spéciaux au droit commercial, qui, en se prononçant sur les cas particuliers et en résolvant un assez grand nombre d'espèces, semblent se fonder sur l'autorité et la signification particulière du silence en matière commerciale, au lieu de rattacher leurs solutions à des principes généraux et uniformes également applicables dans l'ordre des faits purement civils.

1462. C'est ce que je vais essayer de faire, en m'aidant à la fois des systèmes généraux et des opinions particulières.

Bartole et Gluck, que j'ai déjà cités, cherchent à poser des règles et des principes généraux sur les effets du silence relativement au consentement dans les contrats; et tous les deux, après avoir reconnu que le silence n'emporte par lui-même ni consentement, ni dissentiment, mais qu'il peut produire l'un et l'autre suivant les circonstances qui l'accompagnent et lui donnent une couleur, distinguent entre le cas où celui qui se tait est tenu de répondre et celui où il n'y est pas tenu. Dans le premier cas le silence peut, selon les circonstances, soit équivaloir à un consentement, soit donner lieu à une action en dommages-intérêts au profit de celui qui a écrit contre celui qui n'a pas répondu; dans le second cas le silence n'opère rien, ou plutôt opère dissentiment, à moins qu'il ne soit accompagné de circonstances de fait caractéristique d'un consentement.

Je crois cette distinction foncièrement juste, mais elle n'est pas toujours applicable. Pour en faire comprendre la portée et les limites, il est nécessaire d'entrer dans quelques détails, de passer en revue certaines espèces de contrats, et de faire de nouvelles distinctions.

1463. Distinguons d'abord les contrats unilatéraux des contrats synallagmatiques.

Il est manifeste qu'en matière de contrats unilatéraux, c'est-à-dire dans lesquels une seule des parties est obligée envers l'autre qui ne contracte aucune obligation, le consentement de la partie envers laquelle est contractée l'obligation, peut se présumer lorsqu'il n'est pas exprimé, tandis que le consentement de la partie obligée doit toujours être exprimé (1). La raison en est que, d'une part, on est en général réputé accepter un avantage offert : *Scientia sola inducit præsumptionem contractûs lucrativi* (2) ; tandis que, d'autre part, on n'est jamais présumé consentir à une charge, ou à l'abandon d'un droit : *Silentium non producit consensum quandò agitur de præjudicio et demissione juris*, dit Menochius, dans son traité *De præsumptionibus* (3); et sa doctrine a été suivie par les tribunaux d'Italie, soit dans les matières civiles, soit dans les matières commerciales. Ainsi on lit dans une décision du sénat de Turin, du 30 mai 1665 (4) : *Taciturnitas in præjudicialibus tacenti non nocet, quandò cum taciturnitate nullus actus extrinsecus intervenit, secus si intervenit*; et une décision récente du tribunal consulaire de Livourne énonce comme maxime non contestée que *agli effetti pregiudiziali, il solo silenzio non basta, ma è di mestieri che al silenzio si unisca un fatto positivo, che somministri un valido argomento di approvazione* (5).

Lors donc qu'un commerçant se reconnaît débiteur de celui auquel il écrit, il est obligé, bien que celui que cette lettre établit créancier n'y ait pas répondu.

Mais, au contraire, le défaut de réponse à une lettre dans laquelle un commerçant s'établit créancier d'un autre, ne peut être considéré comme l'aveu de la dette (6).

(1) Voy. *sup.*, n. 1148.

(2) Casaregis, *Disc.* 82, n. 56.

(3) *Præsumpt.* 27, n. 90.

(4) Citée par M. Torre dans un article sur les effets du silence en matière de contrats par lettres, inséré dans la *Giurisprudenza del codice di commercio*, publiée par M. Mantelli, avocat à Alexandrie, 1844, p. 34. — C'est dans ce même article que je trouve l'indication des autres jugements ou arrêts italiens ci-après cités.

(5) Du 6 mars 1838, *Raccolta* del Nervini, p. 633.

(6) Cass., 25 mai 1870, D., 70, 1, 257 ; S., 70, 1, 341. — Cet arrêt juge que celui qui a laissé sans réponse une lettre par laquelle un banquier l'in-

Sur ce dernier point, M. Pardessus paraît d'un avis contraire (1) : cet auteur pense que le défaut de réponse peut être considéré comme aveu de la dette, si, sur la foi du silence, le créancier a négligé de conserver ses droits par d'autres moyens. Si M. Pardessus entend dire par là que celui qui reçoit une lettre qui le constitue débiteur est obligé de répondre à cette lettre dans le cas où il ne reconnaît pas la dette, et que s'il ne la conteste pas, il la reconnaît, je ne saurais admettre une décision qui se trouve en opposition aussi directe avec les principes que je viens de rappeler. Mais s'il entend dire seulement que dans les cas où une circonstance particulière impose à celui qui reçoit une lettre dans laquelle il est constitué débiteur, l'obligation d'y répondre, son silence équivaut à un aveu ou à une reconnaissance, il a raison. La question se résout ici par la distinction de Gluck et de Bartole.

Il faut en dire autant de l'opinion émise par Menochius sur la même question. Il pense que le commerçant qui reçoit sans protestation une lettre par laquelle il lui est notifié qu'il doit quelque chose, est présumé approuver le contenu de la lettre et reconnaître la dette : *Contingit sæpissimè inter socios et mercatores mitti litteras absentibus sociis et debitoribus, quibus significatur aliquid deberi : quare dubitatur an litteras ipsas recipiens præsumatur fateri et approbare contractum, obligationem et debitum in eis scriptum... Et sanè constituenda hæc juris sententia, recipientem litteras præsumi illas approbare et fateri vera esse ea quæ in eis sunt scripta* (2). Cela n'est vrai qu'autant que de la part de celui qui reçoit la lettre il y avait obligation d'y répondre pour en contester le contenu.

1464. Mais quand y a-t-il obligation de répondre?

formait qu'il l'avait porté sur la liste de souscription à des actions industrielles dont il opérait le placement, et qu'il l'avait débité du montant du premier versement dont il lui remettait les reçus, ne saurait pas cela seul être considéré comme obligé à titre de souscripteur de ces actions. « Attendu, porte cet arrêt, que le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire en l'absence de toute autre circonstance pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée. »

(1) T. I, n. 254.

(2) *De præsumpt.*, lib. III, cap. LXV.

Il faut d'abord remarquer, une fois pour toutes, qu'entre commerçants pas plus qu'entre simples particuliers, il n'y a obligation de répondre à une lettre reçue, que lorsqu'une circonstance particulière donne naissance à cette obligation. La qualité commerciale de celui qui écrit une lettre et de celui qui la reçoit, n'établit entre eux, par elle-même, aucun rapport nécessaire et forcé qui impose à l'un l'obligation de répondre à la lettre que l'autre lui aurait écrite. De ce que, entre commerçants, ces rapports s'établissent fréquemment, on a quelquefois raisonné comme s'ils existaient toujours ; mais en concluant du particulier au général, on commettrait une erreur qu'il importe de rectifier parce qu'elle réagit sur la solution de presque toutes les questions qui naissent du défaut de réponse en matière commerciale. De ce que l'article 8 du Code de commerce impose au commerçant l'obligation de tenir une correspondance, on conclurait à tort qu'il lui impose par cela même l'obligation de répondre aux lettres qu'il reçoit (1), ou suppose *à priori* l'obligation d'y répondre (2). Aux termes de l'article 8 du Code de commerce, tout commerçant est tenu de mettre en liasse les lettres qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie : c'est en cela que consiste l'obligation de tenir une correspondance; mais on ne trouve rien dans cette disposition qui ressemble à l'obligation de répondre à toutes les lettres recues.

A mesure que nous avancerons dans l'examen de ces questions, nous verrons quelques-unes des causes générales d'où peut naître l'obligation de répondre.

Ici, et dans le cas particulier où il s'agit de savoir si le défaut de réponse à une lettre par laquelle le commerçant qui l'écrit se constitue créancier, emporte reconnaissance de la dette, l'obligation de répondre existe lorsque la lettre se rapporte à une affaire pendante entre les deux parties, parce que l'une et l'autre, en entrant en correspondance sur une affaire particulière, se sont, par cela même obligées à faire tout

(1) V. MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. I, n. 245.

(2) *Ibid.*, t. IV, p. 1-5, *ad notam*.

ce qui est nécessaire pour sa conclusion. Mais si, au contraire, le commerçant qui écrit la lettre et celui auquel elle est adressée, n'ont jamais été en correspondance, ou même si, ayant été en correspondance, il n'y a plus aucune affaire pendante entre eux, à laquelle puisse se rapporter la lettre, celui qui la reçoit n'est pas dans l'obligation d'y répondre. En d'autres termes, celui qui doit ou qui peut devoir est présumé reconnaître, soit l'existence, soit le montant de la dette, lorsqu'il ne répond pas à la lettre par laquelle on les lui notifie, parce que son devoir était de rectifier l'erreur de son correspondant si, en effet, celui-ci avait commis une erreur; tandis que s'il ne s'est rien passé entre lui et l'auteur de la lettre, d'où puisse naître une dette, son silence, après la lettre reçue, ne peut faire qu'il doive, lorsqu'en effet il ne doit pas, parce que rien ne l'obligeait à répondre à la lettre d'un homme qu'il ne connaissait pas, ou avec lequel il n'était pas en relation d'affaires.

1463. Un exemple fera comprendre la portée de cette distinction.

Un marchand a acheté d'un fabricant une partie de marchandise; la livraison en a été faite. Plus tard, le vendeur écrit à l'acheteur pour lui annoncer qu'il fait traite sur lui de la somme de..., prix des marchandises livrées. L'acheteur reçoit la lettre et ne répond pas. Il est incontestable que, dans ce cas, à moins qu'il ne prouve soit par ses livres, soit par sa correspondance, que le prix a été fixé à une somme moindre que celle qui est demandée, ou que le prix a été payé, son silence le constitue débiteur de la somme énoncée dans la lettre du vendeur, et qu'il n'est pas recevable à contester soit l'existence, soit le montant de la dette.

Mais un marchand qui n'a jamais rien acheté d'un fabricant, ou qui a en main la preuve de sa libération, reçoit plus tard l'annonce d'une traite pour payement du prix des marchandises qu'il n'a pas achetées, ou qu'il a payées. Comme rien ne l'oblige à s'occuper d'une affaire qui n'a jamais existé, ou qui, si elle a existé, est terminée, il n'est pas tenu de répondre, et son silence ne peut lui causer aucun préjudice.

1466. Autre exemple. Deux banquiers sont en relation habituelle d'affaires, et dans l'usage de faire réciproquement traite l'un sur l'autre, suivant leurs besoins. L'un d'eux écrit à l'autre pour lui annoncer qu'il va faire traite sur lui et le prie de faire honneur à sa signature. Si celui qui reçoit la lettre n'y répond pas, il est présumé avoir pris vis-à-vis du tireur l'obligation d'accepter la traite, et s'il refuse de l'accepter sous prétexte qu'il se trouve à découvert et qu'il n'a pas provision, il s'expose aux dommages-intérêts du tireur (1). Les relations d'affaires qui existent entre les deux correspondants et l'usage où ils sont de tirer l'un sur l'autre, constituent, de leur part, un consentement anticipé aux traites qu'ils peuvent s'adresser à la charge de s'en prévenir en temps utile, et ce consentement ne peut disparaître que devant la manifestation d'une volonté contraire. Il n'en serait autrement que si le correspondant à qui la traite est adresée se trouvait dans l'impossibilité, par le fait du tireur, de faire traite à son tour pour se couvrir de son acceptation, par exemple, si le tireur était tombé en faillite dans le temps intermédiaire à l'annonce de la traite à la présentation. La raison en est que le consentement du tiré est conditionnel et subordonné à la possibilité d'un recours réciproque, et que son consentement disparaît quand vient à manquer la condition sous laquelle il avait été donné.

Supposons au contraire que celui à qui une traite est annoncée ne soit pas en relation d'affaires avec le tireur, et il deviendra manifeste que son silence ou le défaut de réponse à la lettre qui lui annonce la traite, ne pourra jamais être considérée comme l'engagement de l'accepter quand elle lui sera présentée.

Par là se vérifie en matière de contrats unilatéraux et spécialement dans le cas d'une lettre qui a pour objet de constituer débiteur celui à qui elle est adressée, l'effet de la distinction établie entre le cas où celui qui reçoit la lettre est obligé d'y répondre, et le cas où rien ne l'oblige à rompre le silence.

(1) C. civ., 1142.

1467. Mais tout ce qui vient d'être dit sur le consentement qui résulte du défaut de réponse, dans le cas d'une lettre où celui qui l'écrit se constitue créancier de celui à qui elle est écrite, cesse d'avoir lieu dans les cas où l'on peut attribuer au silence une autre cause qu'un assentiment au contenu de la lettre reçue.

C'est ainsi que celui qui reçoit un compte dont la balance lui est contraire, n'est pas présumé approuver le compte par cela seul qu'il le retient et qu'il ne répond pas à la lettre qui le lui envoie, pour en contester, soit les divers articles, soit le résultat. Il y a lieu alors de présumer que ce compte lui est envoyé, non pour être approuvé d'emblée, mais pour être examiné et débattu, et son silence peut dans ce cas s'expliquer par le besoin de mettre le temps nécessaire à cet examen. Cette nuance n'avait pas échappé aux anciens docteurs, à Casaregis, à Ansaldus, à Menochius et à tous ceux dont ils invoquent l'autorité. *Calculus præsumitur retineri*, dit Ansaldus (1), d'après Menochius (2), *non ut debitum agnoscatur, sed ut videatur an rectè fuerit ille confectus.* Et Casaregis, invoquant l'autorité d'Ansaldus, qu'il appelle son maître, *dominus meus*, précise encore mieux la différence qui existe entre une lettre énonçant une simple dette et celle qui renferme un compte composé d'éléments divers... *Ubi dicit et ponit differentiam inter retentionnen computi quod necesse èst dispungi, vel revideri, et retentionem bilietti vel litterarum cum quibus nunciatur debitum alieni; nam in hoc secundo casu dicitur probatum debitum si retineantur litteræ sine contradictione* (3).

C'est donc par erreur et faute d'avoir saisi cette différence essentielle, qu'un jurisconsulte allemand, Mævius, pose en principe que celui qui reçoit et garde par devers lui, sans protestation, un compte par lequel il est constitué débiteur, est présumé en ratifier le résultat. *Recipiciens rationes et retinens, earum causam veram fateri, seque ex eis debitorem agnoscere censetur* (4)

(1) *Disc.* 66, n. 16.
(2) *De præsumpt.*, lib. II, *præsumpt.* 61, n. 15.
(3) *Disc.* 50, n. 32.
(4) *Recueil des jugements du tribunal de Weymar*, part. III, chap. LXV.

Du reste, les tribunaux italiens qui, plus d'une fois, ont eu à résoudre la question, ne sont pas tombés dans cette erreur. *Il non avere riposto ad una lettera contenente un conto*, dit une sentence du sénat de Gênes du 19 avril 1843, *non importa la recognizione di una partita del conto medesimo di cui non si dava nella lettera e nel conto veruna giustificazione* (1); et une décision du magistrat consulaire de Livourne, en date du 9 février 1836, juge pareillement que *la ritenzione del conto tramesso al debitore non basta ad indurne l'approvazione, senza il concorso di qualche atto in esecuzione del conto medesimo, per cui possa presumersi l'approvazione di qui lo abbia ricevuto e ritenuto* (2).

Il est même à remarquer sur ce point que l'approbation expresse de l'un des articles du compte n'emporte pas approbation de l'ensemble du compte, parce que le compte se composant d'articles divers, sans aucune liaison nécessaire, et qui constituent autant de dettes partielles, la reconnaissance d'une de ces dettes n'implique pas la reconnaissance des autres. *Ex solutione unius summæ in computo generali contentæ argui non posse, saltem quoad illas summas quæ trahebant originem a contradistincto negotio, nam unaquæque earum licet uno eodemque computo contineatur, distinctum ac separatum creditum constituit, propriamque et diversam naturam retinet* (3).

1468. Au défaut de réponse qui peut faire présumer un consentement, lorsque celui qui reçoit la lettre était obligé de répondre pour manifester l'intention de ne pas consentir au contrat unilatéral qui lui est proposé se joignent quelquefois des faits qui rendent plus étroite l'obligation de manifester cette intention, et dont le concours devient une preuve nouvelle du consentement. C'est ce qui peut arriver notamment dans les contrats à la perfection desquels concourt la livraison de la chose qui en fait l'objet, *qui re perficiuntur*, et

(1) Gervasoni, 1843, p. 231.
(2) Nervini, p. 270.
(3) Casaregis, *Disc.* 50, n. 1. — La matière est amplement et savamment traitée par Munos Escobar, jurisconsulte espagnol, dans son *Traité des redditions de compte* (*De ratiociniis administratorum, et aliis variis computationibus tractatus*), chap. XIII, n. 12 et 19.

que, par cette raison, on désigne sous le nom de contrats réels : tels sont le prêt, le gage, le dépôt.

Une personne demande à une autre de lui prêter 1,000 francs : celle-ci répond qu'elle en prête 2,000, et les envoie. L'emprunteur reçoit les 2,000 francs, les garde et ne répond pas. Il est manifeste qu'il consent à emprunter 2,000 francs, et qu'il devient débiteur, à titre de prêt, de la totalité de la somme qu'il a reçue.

Il a été convenu entre un débiteur et son créancier que le premier donnerait au second telle chose à titre de gage; mais le débiteur, au lieu d'envoyer la chose convenue, en envoie une autre, et écrit en même temps au créancier pour lui annoncer ce changement. Si le créancier reçoit et conserve la chose, sans répondre à la lettre qui l'accompagne, il consent par cela même à la substitution de la chose envoyée à la chose convenue.

Un commerçant écrit à son correspondant pour le prier de lui conserver une chose en dépôt, et en même temps il lui envoie cette chose. Le correspondant qui reçoit la chose, sans répondre à la lettre qu'il a reçue, contracte par cela même tous les devoirs et toutes les obligations du dépositaire.

Mais il est également manifeste, dans les différents cas qui précèdent, que s'il n'y avait entre les deux parties aucune relation d'affaires, qui motivât, soit le prêt, soit le gage, soit le dépôt, celui qui aurait reçu une chose qui lui aurait été envoyée à titre de prêt, de gage ou de dépôt, ne pourrait être considéré ni comme emprunteur, ni comme gagiste, ni comme dépositaire, et que, tenu de restituer une chose qui ne lui appartiendrait pas, il ne serait soumis à aucune des obligations accessoires qui sont la suite des contrats de prêt, de gage ou de dépôt.

1469. Le défaut de réponse peut, entre parties qui sont en relation d'affaires, équivaloir à un consentement, non-seulement quand il s'agit de contracter une dette, mais encore quand il s'agit de la manière de l'acquitter. On en trouve un exemple dans un arrêt de la Cour de Cassation du 8 germinal

an XI (1). Tourton et Ravel étaient débiteurs par compte courant, de Vanoverstraeten, négociant de Bruxelles. En 1763, Vanoverstraeten annonça à ses débiteurs qu'il allait tirer sur eux pour ce dont ils lui étaient redevables. Mais alors intervinrent les lois révolutionnaires qui défendaient aux négociants français de s'acquitter envers les négociants étrangers. Aussitôt Tourton et Ravel écrivirent à leur créancier que, ne pouvant le payer directement, ils tenaient à sa disposition des billets au porteur d'une compagnie d'assurance pour une somme égale à celle qu'ils lui devaient. Vanoverstraeten ne répondit pas, nonobstant une seconde lettre de Tourton et Ravel. En cet état survint la loi du 11 messidor an II, qui imposait à ceux qui avaient entre leurs mains des fonds ou effets appartenant aux habitants des pays en guerre avec la République, l'obligation de les déposer dans les caisses publiques : Tourton et Ravel déposèrent les billets qu'ils avaient acquis pour Vanoverstraeten. En l'an VII, Vanoverstraeten ayant demandé le payement du solde de son compte courant, Tourton et Ravel le renvoyèrent à la caisse où ils avaient déposé les billets : d'où naissait la question de savoir si ces billets étaient devenus la propriété de Vanoverstraeten et si ses débiteurs s'étaient libérés en les tenant à sa disposition. Ceux-ci faisaient résulter leur libération de ce que Vanoverstraeten ne leur avait pas répondu pour refuser les billets qu'ils lui avaient dit tenir à sa disposition, et pour leur indiquer un autre moyen de payement. Ce système, savamment développé et soutenu par M. le procureur général Merlin (2), a été implicitement admis par l'arrêt précité. Et, en effet, il n'était pas douteux à raison des circonstances et des relations qui avaient existé entre les parties, que Vanoverstraeten était obligé de répondre aux lettres qui lui annonçaient l'emploi d'un moyen indirect de payement pour suppléer à l'impossibilité d'employer un moyen direct, et qu'en ne répondant pas il ratifiait ce que ses débiteurs avaient fait dans son intérêt (3).

(1) S., 1, 1, 782.
(2) *Répert.*, v° *Compte courant*, § 1.
(3) Voy. *inf.*, n. 1477.

1470. Tout ce qui vient d'être dit relativement aux contrats unilatéraux s'applique aux contrats synallagmatiques, en ce sens qu'un contrat synallagmatique ne peut jamais se former entre la partie qui le propose par lettres, et celui qui, recevant la proposition, n'y répond pas, qu'autant que les deux parties sont en relation d'affaires et ont l'habitude de se lier par des contrats de la nature de celui qui fait l'objet de la proposition. Mais ici il faut de plus que, dans la pensée du correspondant qui écrit, le consentement ne soit pas subordonné à une réponse.

1471. Ainsi, un commerçant écrit à son correspondant sous forme interrogative : « J'ai telle partie de marchandise à vendre, voulez-vous me l'acheter? » Il est manifeste que le défaut de réponse de celui à qui est adressée la proposition ne peut jamais équivaloir à une acceptation : quelles que soient les relations qui existent entre les deux parties, le proposant subordonne la perfection du contrat à la réponse qu'il demande; si donc il ne reçoit pas de réponse, il n'y a rien de fait.

Mais un commerçant écrit à son correspondant sous forme affirmative : — « J'ai telle partie de marchandises qui doit vous convenir, et que je vous expédierai tel jour, si je ne reçois pas d'ordres contraires. » La position de la question n'est plus la même : si celui qui fait la proposition et celui à qui elle elle est adressée ne sont pas en relation d'affaires antérieures, qui donne au premier le droit de s'adresser en ces termes, le second n'est pas obligé de répondre à la lettre d'une personne qu'il ne connaît pas, ou avec laquelle il n'est pas en correspondance ; et le silence qu'il garde, malgré la recommandation qui lui est faite de répondre, ne peut équivaloir à un consentement. Si, au contraire, les deux parties sont en correspondance ou en relation d'affaires habituelles, et que la proposition ne soit que la suite ou la continuation de ces relations, alors il y a obligation de répondre pour empêcher l'envoi annoncé, et le défaut de réponse constitue un consentement formel et une acceptation des marchandises annoncées.

Il en est de même, quelle que soit d'ailleurs la forme de la proposition, interrogative ou affirmative, si le proposant recommande à son correspondant de lui répondre dans un certain délai, passé lequel il considérera la proposition comme acceptée ou comme refusée.

Mais qu'arriverait-il si le proposant fixait un délai pour la réponse, passé lequel il se considérerait comme libre, et si la réponse ne lui arrivait pas dans ce délai par suite d'un événement fortuit ou de force majeure? La réponse tardive formerait-elle le contrat, ou bien le proposant pourrait-il se prévaloir du défaut d'arrivée de la réponse en temps utile pour se prétendre libéré? La question s'est présentée en Angleterre, devant la Cour du Banc du Roi, dans une affaire dont j'ai déjà parlé (1). L'offre avait été faite par Lindsell, sous la condition qu'il recevrait la réponse d'Adams par le retour du courrier (*in course of post*). La lettre de Lindsell reçut, par sa faute, une fausse direction et resta en route deux jours de plus qu'il n'aurait fallu, de sorte que la réponse arriva deux jours trop tard. Il prétendit alors que ce retard le libérait de son engagement; mais il fut jugé avec raison que le retard éprouvé par l'acceptation de l'offre étant la faute de Lindsell, on devait considérer la réponse d'Adams qui avait, en réalité, été envoyée par le retour du courrier, comme faite en temps utile. Si, au contraire, le retard avait été occasionné par un cas de pure force majeure, et qui ne fût imputable ni à l'une ni à l'autre des parties, je crois que le proposant serait lié par sa proposition, pourvu toutefois que les choses fussent encore entières, et qu'il n'eût pas disposé de la chose offerte : mais s'il en avait disposé de bonne foi, et qu'il ne pût plus réaliser son offre dans les termes où elle avait été faite, il serait libéré.

Il est d'ailleurs à remarquer, dans le cas d'une proposition interrogative, faite par un correspondant, sans fixation d'un délai pour la réponse, que le défaut de réponse, qui ne peut équivaloir à un consentement, peut, suivant les circonstances, être considéré comme une faute, et rendre celui auquel la proposition a été adressée passible de dommages-intérêts, si

(1) Voy. *sup.*, n. 1453.

son silence a causé préjudice à l'auteur de la proposition, qui, dans l'attente d'une réponse, a laissé échapper des occasions favorables de placer sa marchandise.

Le silence, quand il s'agit de la formation d'un contrat synallagmatique, n'équivaut donc à un consentement qu'en raison des relations antérieures qui permettent de supposer que celui qui est dans l'habitude de faire des affaires avec un correspondant, lui aurait manifesté l'intention de ne pas faire celle qui lui était proposée d'une manière affirmative, s'il n'avait pas consenti à la faire(1).

1472. Quand il s'agit, au contraire, de la dissolution d'un contrat déjà formé, c'est-à-dire de retirer un consentement qui a été donné, il faut une manifestation expresse de la volonté. La volonté de contracter étant exprimée et le contrat formé, on ne peut présumer une volonté contraire qu'aucun fait positif ne manifeste.

Peu importe donc que l'une des parties écrive à l'autre, après la formation du contrat, qu'elle entend se départir des conventions réciproquement arrêtées; quelle que soit la forme employée, affirmative ou interrogative, celui à qui la lettre est adressée n'est jamais tenu d'y répondre, parce que le contrat répond pour lui, et son silence ne peut lui être opposé comme produisant un acquiescement à des prétentions contraires à son droit.

Mais si, au lieu de garder le silence, il répond sans protester contre la dissolution du contrat, sa réponse peut être considérée comme un acquiescement à cette dissolution.

Une décision du sénat de Gênes, du 4 janvier 1839, fournit un exemple de cette hypothèse.

Aragosta, négociant de Gênes, avait donné commission à la maison Brun et compagnie, de Lyon, de lui envoyer certaines marchandises. Ces marchandises étant arrivées à Gênes furent d'abord reçues par l'acheteur; mais plus tard, lors de l'examen qu'il en fit, il lui parut que la qualité d'une partie de ces marchandises n'était pas loyale et marchande; et aussitôt il l'écrivit à l'expéditeur en lui annonçant qu'il les laisait pour

(1) Voy. Paris, 17 avril 1852, S., 52, 2, 206.

son compte dans les magasins où elles étaient déposées, tout en gardant celles dont la qualité lui convenait. La maison Brun répondit à Aragosta qu'elle regrettait qu'une partie de la marchandise ne lui eût pas convenu ; mais que cette marchandise n'était sans doute pas aussi inacceptable qu'il le disait, puisqu'elle en avait placé une grande quantité contre laquelle on n'avait pas réclamé ; qu'au surplus, elle se réjouissait de ce que le reste de la marchandise lui avait convenu.

A l'époque du payement, Aragosta ne voulut payer que la marchandise qu'il avait acceptée, et il refusa le prix de celle qu'il avait laissée au compte de la maison Brun. De là un procès dans lequel Aragosta soutenait que la réponse de la maison Brun à la lettre par laquelle il lui avait notifié ses intentions, renfermait un acquiescement à la dissolution du contrat, en ce qui concernait les marchandises dont la qualité n'était pas satisfaisante ; tandis que la maison Brun prétendait que la vente parfaite, entre les parties, n'avait pu se dissoudre que par une nouvelle convention formellement consentie de part et d'autre, et que la lettre qui lui était opposée ne renfermait rien de semblable de sa part.

Mais le tribunal de commerce de Gênes, et sur l'appel, le sénat de la même ville, décidèrent que la vente avait été partiellement dissoute, en se fondant sur ce que, si la maison Brun n'avait pas voulu consentir au refus tardif qu'Aragosta faisait de la marchandise, elle aurait, dans sa réponse, protesté contre ce refus, au lieu de se borner à exprimer ses regrets de ne pas l'avoir contenté... *Avrebbe dovuto respingere il tardivo rifiuto che facevasi dall' Aragosta, nulla opponeva fuorchè il dispiacere di non averlo potuto contentare* (1).

Cela prouve que le silence est souvent moins compromettant qu'une réponse incomplète.

1473. Les règles qui précèdent s'appliquent encore, quoique avec quelques modifications, à un contrat spécial qui joue un grand rôle dans les affaires commerciales ; je veux parler du contrat de mandat ou de commission.

(1) *Giurisprudenza del codice di commercio*, t. I, p. 14.

Examinons d'abord ce qui concerne la formation du contrat de mandat ; nous nous occuperons ensuite de ce qui est relatif à son exécution.

La formation du contrat de mandat, qui, en matière commerciale, devient souvent le contrat de commission, exige, comme celle de tous les autres contrats, et principalement des contrats synallagmatiques, le consentement réciproque de la personne qui donne pouvoir à une autre de faire une chose pour elle, et de la personne qui accepte ce pouvoir. Ici, comme dans tous les cas qui précèdent, le contrat ne peut donc se former par lettre, nonobstant le défaut de réponse de celui à qui l'offre ou la proposition a été adressée, que si l'interprétation donnée à son silence peut faire attribuer à ce silence la valeur d'un consentement. Mais les éléments d'interprétation ne sont pas absolument les mêmes.

Comme nous l'avons déjà vu, ce sont les relations antérieures entre les deux correspondants, et l'habitude où ils sont de faire ensemble des affaires de la naturer de celle qui est proposée, qui donnent lieu à l'obligation de répondre. Cette règle se modifie en ce qui touche la formation du contrat de mandat ou de commission, en ce sens qu'un mandat donné par la lettre, à laquelle il n'a pas été répondu, peut, dans un cas particulier, être réputé accepté, quoiqu'il n'existe aucune relation antérieure entre celui qui écrit la lettre et celui qui, après l'avoir reçue, n'y a pas répondu. C'est ce qui a lieu lorsque celui à qui on donne un mandat ou une commission est dans l'habitude de se charger de commissions de la nature de celle qui lui est donnée, et en fait sa profession. La raison en est que celui qui fait profession de se charger des affaires des autres, consent d'avance à se charger de tous les mandats ou de toutes les commissions qui rentrent dans le cercle de ses fonctions, sans qu'il soit nécessaire que ce consentement soit renouvelé pour chaque affaire; de telle sorte que s'il arrive qu'il ne veuille pas se charger d'une affaire qui lui est proposée, il est tenu de manifester cette intention contraire à celle qu'on doit lui présumer, et que s'il ne la manifeste pas le plus promptement possible, et quand les choses sont encore entiè-

res, il ne lui est plus permis de refuser son office, sans s'exposer à des dommages-intérêts.

1474. Un commerçant de Paris écrit à un commissionnaire de Bordeaux, de recevoir des piastres d'Espagne pour son compte, de les prendre au cours de la place et de lui en envoyer le montant en une traite sur Lyon. Le commissionnaire qui reçoit la lettre sans y répondre est réputé accepter le mandat, et ne serait pas reçu à écrire plus tard qu'il ne veut pas s'en charger : *Non audietur*, dit Raphaël de Turri, *tanquam contractu consensu tacito celebrato, quia ex parte utriusque adest consensus ad cambium necessarius : alterius quidem expressus in epistolâ, alterius verò tacitus ex receptione prædictâ cum taciturnitate; et proindè à contractu mutuo consensu perfecto, et ex illis qui consensu perficiuntur, non licet parte alterâ invitâ resilire* (1).

Ce n'est pas là une règle particulière aux matières commerciales : l'application s'en fait tous les jours dans les matières civiles. Si un mandat *ad lites* est donné par lettre à un avoué, et que cet avoué ne le refuse pas, il est hors de doute qu'il est réputé l'accepter et que pour se décharger de la responsabilité qu'il aurait encourue, à raison du préjudice que sa négligence aurait causé au mandant, il ne serait pas reçu à prétendre qu'il n'a pas expressément consenti à se charger de l'affaire. Le droit canonique contient sur ce point une décision fort remarquable. Le chapitre premier des *Clémentines*, au titre *De procuratoribus*, porte que celui qui a reçu sans protestation une lettre ou un acte contenant une procuration pour défendre quelqu'un dans un procès, est censé par son silence avoir accepté le mandat, et s'être mis par là dans la nécessité de l'accomplir : *Instrumento vel litteris quibus te aliquis in causis suis procuratorem constituens, pro te debito modo cavit simpliciter (nullâ factâ protestatione), à te scienter receptis, non potest posteà recusare defensionnem illius; imò cogi poteris ipsum defendere in omnibus causis et negotiis ad quæ prædicta instrumenta seu litteræ se extundunt, cùm per hæc omnia tuum præstitisse videaris assensum.*

(1) *De cambiis*, disp. 1, quæst. 21.

Lors donc qu'un ordre ou un mandat est donné par lettres à un agent de change, à un courtier, à un commissionnaire, à l'effet de faire une chose qui se rattache à l'exercice de leurs fonctions, leur silence vaut acceptation, et s'ils veulent refuser, ils doivent manifester de suite leur intention d'une manière expresse. Il en serait ainsi quand bien même le mandat serait donné à découvert, c'est-à-dire sans mettre, en même temps à la disposition du mandataire la somme nécessaire à l'opération qui lui est confiée; dans tous les cas, du moins, où il s'agit d'affaires qui se traitent de cette manière, ou de personnes qui sont dans l'habitude d'accepter un mandat non accompagné d'avances ou de provisions, parce qu'on devrait présumer que si leur intention était de déroger aux usages et à leurs habitudes, elles le manifesteraient par une réponse (1).

Quand, au contraire, un mandat, même entre commerçants, est donné par lettre à une personne qui ne fait pas sa profession de se charger des affaires de la nature de celle qui lui est proposée, on rentre dans les règles générales que j'ai déjà développées, et l'acceptation ne se présume que lorsque la proposition est adressée à une personne avec qui le mandant est en relation d'affaires, et qui lui a déjà servi de mandataire; c'est alors seulement qu'il y a obligation de répondre si on ne veut pas consentir et accepter.

C'est donc une proposition beaucoup trop générale que celle de M. Pardessus, qui pose en principe que « celui à qui une « procuration est parvenue par correspondance doit employer la voie la plus prompte pour faire connaître son refus, et que le silence gardé au delà du temps nécessaire et « usité pour répondre, pourrait donner un juste sujet de supposer son acceptation et de le condamner en tous les dommages-intérêts (2). » On peut en dire autant d'un arrêt de la Cour de Rennes, du 2 juillet 1811 (3), qui énonce en ter-

(1) Voy. l'article déjà cité de M. Torre, dans le recueil de M. Mantelli, p. 100.

(2) N. 558.

(3) S , 3, 2, 515; D., 2, 709.

mes généraux, « qu'il est de règle entre commerçants, rè-« gle attestée par les auteurs que le commerçant qui re-« çoit par lettres un ordre, commission ou mandat, une dé-« fense, une instruction, est censé acquiescer au contenu de « la lettre, s'il tarde à s'expliquer et s'il ne le fait pas en « temps utile. » La décision de M. Pardessus et de la Cour de Rennes, qui confond dans sa généralité des hypothèses fort dissemblables, est également fausse et vraie, suivant la diversité des espèces à la solution desquelles on l'appliquerait, puisqu'il ne suffit pas d'être commerçant pour être obligé de répondre à toutes les lettres qu'on reçoit, sous peine d'être réputé consentir aux propositions qu'elles renferment.

On pourrait adresser un reproche analogue à MM. Delamarre et Lepoitvin. Dans leur très-estimable *Traité du contrat de commission* (1), ces auteurs, distinguant entre le droit civil et le droit commercial, prétendent que, en général, selon le droit civil, on n'est pas tenu d'informer le mandant qu'on ne veut point se charger de l'affaire, et qu'il suffit de s'abstenir; tandis que dans le droit commercial la réception d'une lettre d'ordre et le silence gardé sur cette lettre, sont un fait positif qui, selon les circonstances, équivaut à un consentement, ou qui, dans tous les cas, constitue un quasi-délit et oblige à réparer le préjudice qui résulterait du silence, puisque la loi impose au commerçant l'obligation de tenir une correspondance et par conséquent de répondre aux lettres qu'il reçoit; sur quoi ils invoquent l'autorité de Casaregis, suivant lequel *mercator litteras recipiens et eis non contradicens censetur eas approbare* (2).

Remarquons, d'abord que Casaregis pose ce principe à l'occasion d'une question d'exécution de mandat, cas auquel il est parfaitement applicable, ainsi que nous le verrons bientôt. Il faut donc en apprécier la portée *secundùm subjectam materiam:* et dès lors on aurait tort d'en conclure que dans l'opinion de Casaregis, un commerçant soit dans l'obligation

(1) T. I, n. 240.
(2) *Disc.* 30, n. 60.

de répondre à toutes les lettres qu'il reçoit sous peine d'être lié par leur contenu.

Je ne puis croire non plus que telle soit l'opinon de MM. Delamarre et Lepoitvin; et on doit également restreindre la généralité de leurs expressions à la matière dont ils traitent, c'est-à-dire au contrat de commission; et alors il est vrai de dire que le commissionnaire qui ne répond pas à la lettre d'ordre qu'il reçoit, consent à exécuter l'ordre et à se charger de la commission. Mais ce n'est pas parce que la matière est commerciale que le défaut de réponse produit ce résultat, puisqu'un pareil résultat peut être produit en matière civile, ainsi que je l'ai déjà expliqué; c'est parce que, en matière commerciale comme en matière civile, celui qui fait profession de représenter les autres dans certaines affaires, consent d'avance à se charger de toutes les affaires qui lui seront adressées, pourvu qu'elles rentrent dans sa spécialité, et est dès lors tenu de manifester clairement son intention de refuser le mandat, quand il ne veut pas s'en charger. C'est celui-là seulement qui est dans l'obligation de répondre. Quant à l'argument tiré de ce que les commerçants sont obligés de tenir une correspondance, j'y ai déjà répondu (1).

1475. Tout ce qui vient d'être dit sur le mandat ou la commission, s'applique au cas où la proposition est adressée au mandataire ou commissionnaire par le mandant ou le commettant. Quand, au contraire, la proposition vient du commissionnaire ou du mandataire qui offre ses services, les règles ne sont plus les mêmes.

Tant que les offres de services adressées par un commissionnaire à un commerçant avec lequel il n'est pas en relations d'affaires, ne sont pas expressément acceptées, il n'y a pas de contrat.

Lorsque, au contraire, celui à qui elles sont adressées est en relation d'affaires avec le commissionnaire de qui elles viennent, on doit appliquer les règles ci-dessus établies pour les contrats synallagmatiques (2), c'est-à-dire qu'il faut dis-

(1) Voy. *sup.*, n. 1461.
(2) Voy. *sup.*, n. 1470.

tinguer entre le cas où le commissionnaire subordonne le consentement à une réponse, et celui où, dans son intention, le défaut de réponse doit équivaloir à un consentement. « Je sais que vous avez besoin d'un navire pour telle destination, voulez-vous que je frète tel navire pour vous ? » S'il n'y a pas de réponse, pas de contrat. « Je sais que vous avez besoin d'un navire : si vous ne me donnez pas d'ordre contraire, je fréterai tel navire pour vous. » S'il n'y a pas de réponse, il y a contrat. Les raisons de décider sont ici celles que j'ai déjà développées en parlant des contrats synallagmatiques.

1476. Quelquefois la question se présente dans d'autres termes.

Un commissionnaire vous écrit : « Je viens de fréter pour vous tel navire, dont je pense que vous avez besoin. » Il s'établit ainsi mandataire d'office, *negotiorum gestor* (1); mais pour que le contrat de mandat se forme entre le commissionnaire et celui dont il a géré l'affaire, il faut que celui-ci ratifie ce qui a été fait, en consentant à prendre l'opération pour son compte. Et ici encore on doit décider que si les deux parties sont en relation d'affaires, le silence de celui dont l'affaire est gérée, doit équivaloir à un consentement (2); tandis que, s'il n'y a aucune relation d'affaires entre les parties, le défaut de réponse à la lettre du commissionnaire qui se rend *negotiorum susceptor*, ne peut être opposé à celui qui n'était pas tenu de répondre à la lettre d'un homme qui se mêlait des affaires d'autrui sans avoir pour cela ni droit ni qualité (3).

Je ne puis encore sur ce point partager le sentiment de MM. Delamarre et Lepoitvin, qui restreignent aux matières commerciales l'effet obligatoire du défaut de réponse de celui à qui un *negotiorum susceptor* annonce l'affaire gérée dans son intérêt. Il n'est pas douteux que l'occasion d'appliquer cette règle doit très-rarement se présenter en matière civile,

(1) Voy. *inf.*, le tit. II.
(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 245.
(3) V. *sup.*, p. 50, l'arrêt précité du 25 mai 1870.

à raison de la différence qui existe entre la manière de traiter les affaires civiles et celle de traiter les affaires commerciales; mais il n'est pas douteux non plus qu'elle peut se présenter, parce qu'il y a certainement, en matière civile, des cas où celui qui reçoit une lettre d'un *negotiorum susceptor* est tenu d'y répondre, et où par conséquent le défaut de réponse oblige celui qui se tait à indemniser le *negotiorum susceptor* du préjudice que son silence lui a causé, ou à prendre l'opération pour son compte.

Un notaire qui fait habituellement vos affaires, et à qui vous avez dit que vous aviez besoin d'une maison, sans toutefois lui donner mandat d'en acheter une, se rend adjudicataire d'une maison mise en vente chez un de ses collègues, et vous écrit aussitôt qu'il fera une déclaration de command en votre faveur, si, avant l'expiration du délai fixé par la loi pour cette déclaration, vous ne lui avez pas donné d'ordre contraire. La lettre reçue, vous n'y répondez pas. Le notaire peut être fondé à prendre votre silence pour un consentement; de telle sorte que si, après la déclaration de command faite en votre faveur, vous refusez la propriété qu'elle vous attribue, pour la laisser au compte du notaire, vous pouvez être tenu de l'indemniser du préjudice que lui cause l'erreur dans laquelle vous l'auriez entretenu par votre silence.

Il y a dans le droit romain un texte fort remarquable qui donne au silence, dans un cas purement civil, la force d'un consentement et d'une approbation de l'affaire gérée. Un fils, agissant comme s'il était mandataire de son père absent, fait un emprunt dans l'intérêt de ce dernier, et lui écrit afin qu'il ait à rembourser le prêteur. Le jurisconsulte Paul, consulté sur le point de savoir si le défaut de réponse du père valait approbation de l'acte fait par le fils, et l'obligeait à payer, se prononce pour l'affirmative : *Si filiusfamilias, absente patre, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavit, et ad patrem litteras emisit ut eam pecuniam in provinciam solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuò testationem interponere contrariæ voluntatis* (1). Sur quoi Gode-

(1) L. 16, ff. *De senat. maced.*

froy (1) fait très-bien remarquer qu'ici le consentement résulte de la combinaison du silence et des liens de parenté qui unissent les deux parties : *Litteras qui recipit*, CONJUNCTIONIS FAVORE *præsumitur probare ea omnia quæ in litteris comprehensa sunt, nisi continuò seu illicò contradicat.* C'était le lien de parenté qui obligeait de répondre s'il y avait intention de refuser, de même que, dans d'autres cas, et spécialement dans les matières commerciales, l'obligation de répondre naît des relations d'affaires qui font considérer comme un consentement le défaut de manifestation d'une volonté contraire. *Non tam epistola ipsa habetur pro ratihabitione*, dit Cujas, *quam tacitus consensus* PATRIS *accipientis epistolam missam à* FILIO, *qui certè pro ratihabitione est* (2).

Ces exemples suffisent pour démontrer que la règle qui, en matière de gestion d'affaires, fait, en certains cas, résulter le consentement de celui dont l'affaire a été gérée du silence même qu'il a gardé, n'est pas particulière aux matières commerciales, et qu'elle peut aussi recevoir son application en matière civile.

1477. Ce qui précède s'applique à la formation du contrat de mandat : occupons-nous maintenant de son exécution.

Il n'est pas douteux que celui qui a constitué un mandataire, consent d'avance à tout ce qui est nécessaire pour l'exécution du mandat ; mais dans les choses qui sont faites pour l'exécution du mandat il y en a qui s'éloignent plus ou moins des prévisions des parties et auxquelles ne s'applique pas toujours le consentement antérieur donné aux actes réguliers du mandataire. La difficulté consiste alors, soit à distinguer les choses qui sont la suite immédiate du mandat de celles qui ne s'y rattachent que par des rapports plus éloignés, soit à reconnaître dans quels cas le silence du mandant peut emporter consentement aux choses auxquelles ne s'applique pas son consentement antérieur.

Quelques exemples aideront à la résoudre.

Un commissionnaire est chargé d'acheter des marchandi-

(1) *Ad hanc legem.*
(2) *Ad leg.* 59, *penult. ff. Mandati.*

ses et de les expédier par mer au commettant. En les expédiant il les fait assurer, et donne avis, tant de l'expédition que de l'assurance, au commettant qui ne lui répond pas. Comme l'assurance est une suite de l'expédition et une précaution que le commissionnaire a dû prendre sous peine d'être en faute, et que le commettant aurait dû lui interdire s'il ne voulait pas qu'elle fût prise, le silence gardé par celui-ci laisse les choses dans l'état où le mandat les avait mises, puisque ce silence ne peut équivaloir à une défense d'assurer. Le commettant est, dans ce cas, débiteur de la prime d'assurance. C'est ce qui a été jugé avec raison par le sénat de Gênes le 7 juin 1830 (1) : et la question ne pouvait être douteuse.

Mais voici un cas analogue où la question se complique. L'espèce est rapportée par Émérigon. Un négociant de Palerme écrit à une maison de Marseille qu'il a chargé sur un navire certaines marchandises à l'adresse de cette maison, à laquelle il donne ordre de les vendre le mieux possible. Le navire tardant à paraître, le commissionnaire de Marseille, inquiet, fait faire des assurances pour le compte de son ami de Palerme, à qui il en donne avis, quoiqu'il n'eût reçu aucun ordre à ce sujet. Le Palermitain qui, de son côté, n'avait fait faire aucune assurance, reçoit la lettre et n'y répond pas. Puis, ayant appris que le navire était heureusement arrivé à Marseille, il prétend qu'on a excédé ses ordres et que la prime n'est point à sa charge.

Émérigon, à qui le cas fut proposé, pensa avec raison que cette prétention n'était ni honnête ni légitime. « Le mandant, dit-il, qui ne répond point à la lettre par laquelle les commissionnaires lui expliquent ce qu'ils ont fait, est censé approuver leur conduite, quoiqu'ils aient excédé leur mandat (2). » *In jure compertum est*, dit à ce sujet Casaregis (3), *quod si qui, et præcipuè mercatores, tacuerint et non reclamaverint, intelliguntur ex hoc approbasse negotium quod à suis corresponsali-*

(1) Mantelli, *Giurispr. del codice di comm.*, p. 50.
(2) *Des assurances*, ch. V, sect. VI, § 2.
(3) *Disc.* 176, n. 38.

bus pro illis gestum fuit, licet excesserint mandatarii correspon-sores in exequendâ commissione rei vel negotii eis demandati.

La raison de décider ainsi est que celui qui, pour mieux accomplir son mandat, fait quelque chose qui en excède la limite, agit cependant comme mandataire, et fait une chose qui se rapporte au mandat : de telle sorte que le commettant, dans l'intérêt duquel cette chose est faite, est réputé y consentir tant qu'il ne s'y oppose pas.

Voici un autre exemple fourni par une décision du sénat de Gênes, du 28 août 1840, qui servira à faire comprendre la portée de cette règle. Un navire avait été frété à Gênes, à la destination de Montevideo, pour le voyage d'aller et celui de retour. L'affréteur avait placé sur le navire un subrécargue qui devait diriger l'expédition. Arrivé à Montevideo, le subrécargue, n'ayant pas trouvé à charger pour le voyage de retour, entreprit de concert avec le capitaine représentant de l'armateur, un voyage intermédiaire, après lequel il revint à Montevideo et de là en Europe avec un chargement incomplet. Il est à remarquer que le subrécargue, avant d'entreprendre le voyage intermédiaire, en avait prévenu l'affréteur par une lettre à laquelle celui-ci ne fit pas de réponse.

Actionné par l'armateur en payement de fret, l'affréteur s'y refusa en soutenant que le voyage intermédiaire entrepris après l'arrivée à Montevideo avait changé les conditions du contrat et empêché les résultats de l'expédition ; et que, bien que le subrécargue fût son mandataire, celui-ci ayant excédé ses pouvoirs, qui se bornaient à un voyage d'aller et de retour, et ayant agi d'accord avec le capitaine, ses actes ne pouvaient être opposés au mandant qui ne les avait pas ratifiés. Mais le sénat de Gênes rejeta ce système, *atteso che i noleggiatori, non ostante l'avviso avuto di quel viaggio intermedio dal loro incaricato con lettera dei* 23 *ottobre* 1833, *non mossero lagnanze nè protestarono verso gli armatori, ne verso il consegnatario del carico, nè verso il sopppracarico, nè verso del capitano ; tacquero ; e questo loro silenzio quando erano ancora in tempo di protestare, e il dovevano se non approvavano quanto erasi operato, questo loro silenzio è una tacita ratifica ; anzi giusta le massime*

piu comunemente adottate nelle materie commerciali e maritime si ha come una positiva approvazione (1).

1478. Concluons de tout ce qui précède sur les effets du silence ou du défaut de réponse à une lettre, que c'est en général l'obligation de répondre pour refuser ou manifester un dissentiment qui donne au silence la force d'un consentement, parce qu'on doit naturellement présumer que si celui qui se tait n'avait pas voulu consentir, il aurait répondu; concluons-en de plus que la cause la plus ordinaire de l'obligation de répondre, ce sont les relations qui existent entre les deux parties qui, en se liant, ont contracté le devoir de faire réciproquement tout ce qui était nécessaire au succès des affaires qu'elles traitent ensemble. Ce n'est pas là un simple devoir de convenance; c'est une obligation proprement dite, parce que c'est la condition indispensable du maintien des relations, et que si les correspondants sont libres de les rompre pour l'avenir, ils sont liés par elles pour le passé, et tenus par conséquent de tout ce qui est nécessaire à la réussite des affaires entamées par l'un d'eux sous la foi des obligations mutuellement contractées. Quant à la question de savoir quand deux parties sont en relation d'affaires, et jusqu'à quel point peuvent s'étendre les rapports établis entre elles, c'est là une question de fait nécessairement abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

Maintenant que nous avons vu comment peut être donné le consentement, il nous reste à examiner les conditions de sa validité.

§ II. — *Des vices du consentement.*

Sommaire. — 1479. Vices généraux du consentement. — 1480. De l'erreur. — 1481. En quoi elle consiste. Distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. — 1482. De l'erreur de fait. De l'erreur portant sur le motif... En matière de lettre de change et de virements. — 1483. De l'erreur sur la nature de la convention. — 1484. De l'erreur sur la chose; et spécialement de l'erreur sur la substance. — 1485..... En matière de contrats d'assurances. — 1486. De l'erreur sur l'identité. — 1487... Sur les qualités accidentelles. — 1488... En matière d'assurances maritimes et

(1) Gervasoni, 1843, p. 231.

de contrats à la grosse. Fausse qualification. — 1489. De l'erreur sur la valeur. Renvoi. — 1490. De l'erreur sur le nom de la chose. — 1491..... Sur le nom de navire en matière d'assurances. — 1492..... Sur le nom du lieu de destination. — 1493. De l'erreur sur la personne ;.... en matière de mandat... de travaux d'art... de société. — 1494..... En matière de vente. — 1495..... Sur le nom de l'assuré ; sur le nom du capitaine. — 1496. L'erreur sur le nom n'est pas une cause de nullité quand les parties sont d'accord sur l'identité de la personne. — 1497. De l'erreur de droit. — 1498. De la violence. Violence physique. — 1499. Violence morale. — 1500. La violence est une cause de nullité bien qu'exercée par un tiers. — 1501. De la crainte révérentielle. — 1502. La violence doit être présente, mais il n'est par nécessaire que le mal soit présent. — 1503. De la violence légitime. Prises maritimes. Billets de rançon. — 1504. Quand l'incarcération est-elle une violence légitime ? — 1505. De l'incarcération nulle quant à la forme. — 1506..... Quant au fond. — 1507. Effets de l'incarcération légitime. — 1508. Des violences qui s'exercent sur la personne... Sur la fortune. — 1509. Du dol. — 1510. Différence entre le dol et l'erreur. — 1511. En matière d'assurance et de prêt à la grosse. — 1512. Différentes espèces de dol. — 1513. L'appréciation des faits de dol appartient aux juges. — 1514. Caractères généraux du dol. 1515. Toute espèce de mauvaise foi n'est pas un dol. Exemples puisés dans les matières commerciales. — 1516. En certains cas se taire, c'est tromper. — 1517. Excepté en ce qui touche les vices rédhibitoires. — 1518. Le dol d'un tiers n'est pas une cause de nullité. — 1519. Exceptions au cas de complicité, et quand le tiers représente la partie. — 1520. De la preuve du dol. Il ne se présume pas. Exception en matière d'assurance. — 1521. Le dol peut se prouver à l'aide de présomptions... Par témoins... Par serment supplétoire. — 1522. La preuve doit être précise. — 1523. De l'erreur, du dol et de la violence, en matière d'obligations transmissibles par voie d'ordre. Quand l'exception de dol, d'erreur ou de violence, peut-elle être opposée par le tireur ou l'accepteur ? — 1524. Peut-elle être opposée au tiers porteur de bonne foi ? — 1525. Peut-elle être opposée par un endosseur au tiers porteur ? — 1526. Application des règles qui précèdent au connaissement et au prêt à la grosse. — 1527. L'exception d'erreur, de dol, de violence, peut-elle être opposée par le porteur ou l'endosseur qui s'en serait rendu coupable ? — 1528. Par le prêteur à la grosse ? — 1529. De l'erreur en matière de faux endossement. — 1530. De l'abus de confiance en matière d'endossement. — 1531. La convention contractée par erreur, dol ou violence, n'est pas nulle de plein droit. — 1532. De la lésion. Renvoi.

1479. Aux termes de l'article 1109 du Code civil, il n'y a point de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. Toutefois, l'article 1117 ajoute que la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est pas nulle de plein droit, et qu'elle donne seulement lieu à une action en

nullité ou rescision de la manière qui sera ci-après expliquée (1).

Comme on le voit, le Code civil fait produire à l'erreur les mêmes effets qu'au dol et à la violence, parce que celui qui consent par erreur n'aurait pas consenti s'il ne se fût pas trompé, de même que celui qui consent sous l'impression d'une violence ou d'une fraude n'aurait pas consenti si cette impression n'avait pas dominé sa volonté. Le consentement n'existe dans aucun de ces cas ; ou, s'il existe en fait, il est atteint d'un vice qui en détruit l'efficacité lorsque la présence en est judiciairement établie.

Occupons-nous d'abord de l'erreur. Nous examinerons ensuite ce qui concerne la violence et le dol auxquels il faut joindre une autre cause de nullité du consentement, qui peut participer de l'erreur ; je veux parler de la lésion.

1480. L'erreur est le plus grand vice des conventions ; car les conventions sont formées par le consentement des parties et il ne peut pas y avoir de consentement valable lorsqu'il a été donné sous l'influence d'une erreur sans laquelle on n'aurait pas consenti (2). *Errantis nullus est consensus*, dit Ansaldus (3) qui fait observer de plus, avec le cardinal de Luca (4), que cette règle n'admet aucune exception, *hanc regulam nullam habere limitationem ;* ce qui fait dire à Casaregis qu'une promesse faite par erreur n'est pas obligatoire, lors même qu'elle a été garantie par un serment : *promissio erronea quamvis jurata, nihil valet* (5).

Du reste, il ne faut pas confondre l'erreur de l'esprit ou de l'intelligence, cause déterminante du consentement à une obligation civile ou commerciale, avec l'erreur de la conscience, qui fait qu'à tort on se croit lié par une obligation naturelle. Dans le premier cas, le consentement étant nul, il n'y a pas d'obligation, ni dans le for intérieur, ni dans l

(1) Voy. *inf.*, ch. V, sect. VII.

(2) *Non videntur qui errant consentire.* L. 116, § 2, ff. *De regulis juris* L. 57, ff. *De oblig. et act.*

(3) *Disc.* 22, n. 19.

(4) *De dote, disc.* 156, n. 20.

(5) *Disc.* 121, n. 22. Ansaldus, *Disc.* 31, n. 26.

for extérieur ; tandis que, dans le second cas, il y a obligation dans le for intérieur parce qu'on doit obéir à sa conscience quoiqu'elle se trompe. C'est l'opinion de saint Thomas : *Qui habet erroneam conscientiam, credit id quod est contrarium conscientiæ esse contrat legem Dei. Ergò si vult facere illud, vult facere contra legem Dei, et ità peccat ; et ità conscientia, quantuncumque erronea, obligat ad peccatum* (1).

1481. L'erreur consiste soit à croire vrai ce qui est faux, soit à croire faux ce qui est vrai, soit à supposer l'existence d'une chose qui n'existe pas. Elle est de deux sortes : l'erreur *de fait* et l'erreur *de droit*, selon qu'elle porte sur un fait ou sur un droit. Elle se distingue de l'ignorance qui consiste seulement à ne pas savoir une chose , cependant l'ignorance peut conduire à l'erreur : c'est ainsi que l'erreur de droit n'est souvent autre chose que l'ignorance du droit.

1482. L'erreur de fait peut porter soit sur le motif qui nous engage à contracter, soit sur la nature de la convention, soit sur la chose, soit sur la personne.

L'erreur sur le motif de la convention n'annule le consentement que lorsqu'elle porte sur le motif déterminant. Alors elle se confond avec le défaut de cause (2). Dans tous les autres cas, le consentement est valable, parce qu'on doit croire, qu'alors même que la partie n'eût pas été dans l'erreur, elle n'aurait pas moins consenti. C'est ce qui fait dire à Raphaël de Turri qu'en général l'erreur sur la cause ne vicie pas le consentement : *Generaliter error in causâ consensum non vitiat, nec excludit* (3).

Il faut même remarquer que, dans tous les contrats où une partie s'engage envers l'autre, soit pour garantir le fait d'un tiers, soit pour payer la dette d'un tiers, dont elle se croit débitrice, l'erreur de cette partie sur ce point ne peut être opposée à l'autre partie qui n'a pas à s'enquérir de la cause de l'obligation prise au nom d'un tiers ; la partie qui s'est engagée n'a dans ce cas qu'un recours contre celui pour qui elle

(1) *Quæstiones disputatæ*, t. XII, p. 784.
(2) Voy. *inf.*, sect. IV. — Voy. Marcadé, sur l'art. 1109, C. civ.
(3) *De camb.*, disp. 1, quæst. 20, n. 4.

a pris fait et cause, et qu'elle a consenti à garantir. Telle est l'opinion de Turri, qui donne pour exemple le cas où celui sur qui une lettre de change est tirée l'accepte en se croyant débiteur du tireur, auquel en réalité il ne doit rien (1). Dans ce cas, l'acceptation n'est pas nulle pour défaut de consentement, parce que le porteur de la lettre n'a pas à s'occuper de savoir si l'acceptation a eu pour cause déterminante une dette à payer ou un service à rendre. C'est pourquoi l'art. 117 porte que l'acceptation suppose la provision et en établit la preuve à l'égard des endosseurs, de telle sorte que l'accepteur ne serait pas reçu à prétendre, pour se dispenser de payer, qu'il a accepté par erreur, ni, après avoir payé, à prétendre qu'il a payé par erreur, sauf l'exercice de ses droits contre le tireur, s'il parvient à établir qu'il a accepté à découvert (2).

C'est par l'application des mêmes principes qu'il a été jugé le 4 février 1832 par la cour de Paris, que lorsque la banque de France a, sur la présentation d'un mandat de virement, transporté du crédit d'un négociant au crédit d'un autre négociant la somme indiquée dans le mandat, elle ne peut plus revenir contre cette opération et annuler le crédit obtenu par le porteur du mandat, sous prétexte que le négociant qui le lui a délivré n'était pas réellement créancier de la banque, et n'a été cru tel que par suite d'une erreur de chiffres (3).

1483. L'erreur sur la nature de convention en entraîne toujours la nullité. Il n'y a pas de contrat si on ne fait que me prêter une chose que je crois acheter (4).

1484. L'erreur sur la chose n'est une cause de nullité de la convention, aux termes de l'article 1110 du Code civil, que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Il n'en est pas ordinairement ainsi lorsque l'erreur porte sur les qualités accidentelles.

La substance d'une chose consiste à la fois dans sa matière

(1) *De comb.*, disp. 1, quæst. 20, n. 4.
(2) Voy. *inf.*, n. 1523.
(3) S., 32, 2, 623. — Voy. MM. Delamarre et Lepoitvin, t. IV, p. 389.
(4) M. Demolombe, t. I, n. 125.

et dans sa forme. J'achète une montre d'argent doré croyant acheter une montre d'or; je vous demande à acheter une tabatière d'or, et vous m'offrez un encrier d'or : il n'y a pas là de consentement valable et partant pas de contrat, parce qu'il y a dans les deux cas une erreur soit sur la matière, soit sur la forme et conséquemment sur la substance (1). A plus forte raison en serait-il ainsi si l'erreur tombait à la fois et sur la matière et sur la forme (2).

1485. L'énonciation erronée faite dans un contrat d'assurance, de l'objet mis en risque, par exemple la déclaration que des caisses renferment des châles de cachemire, quand elles ne contiennent que des étoffes de coton, annule l'assurance. Il n'est pas nécessaire, pour que cette nullité soit prononcée à l'égard de l'assureur, que l'assuré ait été de mauvaise foi, parce que l'erreur produite de bonne foi n'est pas moins une erreur, et que toute erreur qui porte sur la substance de la chose, objet du contrat, est un vice radical qui fait disparaître le consentement. Je ne saurais donc admettre comme exacte la décision d'un jugement du tribunal de Marseille, du 3 février 1823 (3), qui juge que, pour qu'il y ait fausse déclation dans le sens de la loi, il faut que l'assuré ait induit l'assureur en erreur sciemment et de mauvaise foi ; et que l'erreur commune des parties, même sur un fait majeur et capable de changer l'opinion du risque, ne détruit pas le consentement et n'opère pas l'annulation du contrat. Toutefois, cette erreur n'annule le contrat, tant à l'égard de l'assureur qu'à l'égard de l'assuré que si celui-ci a été de bonne foi dans sa déclaration erronée (4).

(1) Jugé toutefois qu'il n'y a erreur sur la substance pouvant entraîner la nullité du contrat, dans l'acquisition d'une chose annoncée comme étant en or étranger, sans garantie du titre, qu'autant qu'il n'entre pas dans la composition de cette chose la proportion d'or exigée par les usages du commerce pour les matières d'or d'origine étrangère. V. Cass. 13 janv. 1864, S., 64, 1, 93.

(2) *Nullam esse venditionem puto quotiès in materiâ erratur.* (Ulp., L. 9, *in fine.* ff. *De contrah. empt.*) — V. M. Larombière, t. I, sur l'art. 1110, n. 3.

(3) *Journal de Marseille*, t. IV, 1re part., p. 77.

(4) C. comm., 348.

Il en serait encore ainsi, et l'assurance serait nulle, si l'erreur dans la désignation des choses assurées consistait en ce qu'on aurait indiqué, au lieu d'un produit fabriqué, les matières premières qui entrent dans sa fabrication, alors du moins que cette fabrication en a changé la nature, de telle sorte que ces matières ne peuvent plus reprendre leurs formes et leurs qualités premières. Ainsi, faire assurer des soudes et des huiles alors que le chargement se compose de savons; faire assurer des laines pour du drap, constitue une erreur qui tombe sur la substance même de la chose, parce que les savons ne peuvent se réduire en soude et en huile, pas plus que des draps ne peuvent redevenir de la laine (1). Dans un cas comme dans l'autre, la différence de la forme substantielle constitue une substance nouvelle. *Commutatâ formâ substantiali, res non dicitur eadem sed diversa* (2). —*Parit novam speciem et priorem perimit* (3). Au contraire, l'assurance sur des lingots d'or ou d'argent peut s'appliquer à de la vaisselle, parce que la vaisselle peut être convertie en lingots. Il en est de même, à plus forte raison, de l'assurance faite sur du blé en tas, quoiqu'il ait été chargé en sacs, parce que le déballage ne produit pas une espèce nouvelle (4).

1486. Du reste, l'erreur sur la matière n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle porte sur l'identité et non sur la nature même de la matière. Je vous achète aujourd'hui tel navire que j'ai vu construire il y a vingt ans : je ne puis faire annuler cette vente pour cause d'erreur, sous prétexte que j'ai découvert que ce navire avait été si fréquemment radoubé qu'il n'était plus formé des mêmes matières qui le composaient au moment de sa construction: *Quia aliud sit materia aliud navis* (5).

1487. Les qualités accidentelles sont celles qui, tout en ajoutant à la valeur ou à l'utilité de la chose, n'en changent pas

(1) *Lana non manet, sed laneum corpus fit.* L. 26, ff. *De acquir. rer. dom.*

(2) Balde, sur la loi 9, ff. *Ad exib.*

(3) Cujas, sur la loi 18, § *penult.*, ff. *De pign. act.*

(4) Émérigon, ch. X, sect. III.

(5) L. 18, § 9, ff. *De pignerat. act.*

la substance. On conçoit dès lors que l'erreur sur des qualités accidentelles essentiellement variables ne puisse exercer aucune influence sur la validité du consentement, qui, en définitive, porte sur un objet dont la substance est conforme à la volonté des parties.

Néanmoins, en certains cas, l'erreur sur les qualités accidentelles peut être assimilée à l'erreur sur les qualités essentielles ou sur la substance, lorsque les qualités accidentelles ont été le motif déterminant du consentement. Vous entendez acheter du café Martinique, et j'entends vous vendre du café Bourbon : il n'y a pas de contrat, parce que l'importance que j'attache à la provenance de cette denrée fait de cette provenance, qui en elle-même est une qualité accidentelle, une qualité substantielle.

Vous achetez à la bourse une obligation au porteur remboursable avec chance de prime par la voie du tirage au sort, et au moment de la vente, cette obligation était, à l'insu des parties, sortie à un précédent tirage : la vente est nulle pour erreur sur la substance de la chose, parce que la chance d'augmentation du capital résultant du tirage et de la prime, était réellement constitutive de la chose vendue (1).

Toutefois, il est à remarquer, spécialement au cas de vente, que si l'absence de la qualité accidentelle, qui est pour l'acheteur une cause déterminante, est apparente, et que le contrat ait lieu en présence de la chose, le vendeur qui a consenti, malgré l'absence de cette qualité dont il pouvait vérifier l'existence, n'est pas recevable à argumenter d'une erreur qu'il n'eût pas commise s'il eût apporté à l'examen de la chose toute l'attention nécessaire (2). On peut dire ici avec Ansaldus : *Error in facto proprio non est allegabilis* (3).

(1) Trib. de la Seine, 17 août 1865, S., 66, 2, 33.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, n. 105. — V. aussi M. Demolombe, t. I, n. 89 et suiv.

(3) *Disc.* 22, n. 15. — Dans tous les cas, l'acheteur de denrées d'une provenance déterminée qui reçoit sans protestation un échantillon d'une autre provenance, peut être réputé avoir dérogé aux conventions premières, et par suite n'est pas fondé à laisser pour le compte du vendeur la marchandise qui lui est ensuite envoyée conforme à l'échantillon. (Cass., 31 juill. 1850, S., 51, 1, 45.)

1488. Il est certains contrats, tels que les contrats d'assurances ou de prêt à la grosse, où les qualités accidentelles de la chose peuvent être facilement présumées un motif déterminant du contrat, et où par conséquent l'erreur sur ces qualités vicie le consentement. C'est ce qui peut avoir lieu dans le cas d'erreur sur la qualification du navire assuré ou du navire sur lequel sont chargées les marchandises assurées ; par exemple, si on donne la qualification de *brick* à un navire de moindre importance, telle qu'une *felouque,* ou la qualification de *felouque* à un brick. Mais, à cet égard, il faut distinguer.

Si l'erreur dans la qualification est indifférente à l'objet du péril, les assureurs ne peuvent s'en plaindre. Si au contraire elle est de nature à diminuer l'idée du risque, l'assurance est nulle (1).

Supposons qu'on ait donné à un bâtiment une qualification qui lui suppose une qualité inférieure ou équivalente à celle qu'il a réellement. L'erreur qui résulte de cette fausse qualification, ne pouvant préjudicier à l'assureur, n'exerce aucune influence sur son consentement, puisqu'il eût consenti également, ou à plus forte raison, s'il eût connu la qualité réelle du bâtiment.

Si, au contraire, l'erreur résultant de la fausse qualification a influé sur l'opinion du risque, l'assureur est fondé à demander la nullité de l'assurance, parce qu'on doit présumer que s'il eût connu l'étendue du risque auquel était exposé le navire, il n'aurait pas consenti à l'assurer aux mêmes conditions. C'est l'opinion de Casaregis (2) et du cardinal de Luca (3) qui, depuis, a été suivie par tous les auteurs (4).

(1) Émérigon, *Des assurances*, ch. VI, sect. III.

(2) *Si navis est diversa ab ea de quâ constat contractus in apochâ assecurationis, non valet assecuratio, videlicet si fuit assecurata navis et erat pineus, vel si fuit assecurata fregata et erat barca... Quia difficiliores ut plurimum assecuratores redduntur ad assecurandam urcam seu pineum ex qualitate navigii minus tuti quam veram et propriam navim.* (*Disc.* 1, n. 27 et 30.)

(3) *Assecuratio mercium vehendarum per navim non capit merces quæ transmittuntur per fregatam vel barcam ex differentiæ ratione percutiente substantiam voluntatis; quia nempè magis tuta sit navigatio cum alterâ specie navis.* (*De credito, disc.* 108, n. 6.)

(4) Valin, sur l'article 5 du titre *Des assurances;* Emérigon, *ubi sup.* Pothier, *Des assurances*, n. 106.

Du reste, il est à remarquer que l'assuré à qui incombe l'obligation de désigner le bâtiment ne pourrait être reçu à invoquer, pour faire annuler l'assurance dans son intérêt, l'erreur qu'il aurait commise dans la qualification de ce bâtiment. Cette erreur est une faute qui lui est personnelle et dont il doit supporter toutes les conséquences.

1489. La valeur étant une des qualités accidentelles des choses, l'erreur, sur ce point, n'est pas une cause de nullité du contrat, sauf toutefois le cas où il y a lésion, ainsi que nous l'expliquerons plus tard (1) ; et, sauf encore, en matière d'assurance et de prêt à la grosse, les cas où il y a dol et fraude de la part de l'assuré qui a attribué aux objets assurés une valeur excédant leur valeur réelle. S'il n'y a ni dol ni fraude, le contrat d'assurance est valable jusqu'à concurrence de la valeur réelle des effets chargés d'après l'estimation qui en est faite ou convenue (2).

1490. L'erreur qui tombe sur le nom de la chose n'est pas une cause de nullité si d'ailleurs on est d'accord sur la substance. *Si in nomine dissentiamus, verùm de corpore constet, nulla dubitatio quin valeat emptio et venditio; nihil enim facit error nominis cum de corpore constet* (3). Mais si l'erreur sur le nom produit l'erreur sur la substance, il y a nullité. Peu importe donc que les parties donnent, par erreur, un nom différent à la même chose : elles n'en sont pas moins engagées, s'il n'y a nulle incertitude sur la chose ; tandis que si elles attribuent le même nom à des choses différentes, elles ne s'entendent plus et ne sont d'accord sur rien.

1491. Ainsi, spécialement en matière d'assurances, l'erreur sur le nom du navire n'est une cause de nullité que lorsqu'elle a pu tromper l'assureur et l'induire lui-même en erreur sur l'identité du navire assuré. *Error nominis alicujus navis*, dit Casaregis, *non attenditur cum ex aliis conjecturis constet de navis identitate* (4).

(1) Voy. *inf.*, chap. v, sect. VII.
(2) C. comm., art. 357, 347, 358. — V. *inf.*, n. 1551.
(3) L. 9, § 1, ff. *De contrah. empt.*
(4) *Disc.* 1, n. 159. — Émérigon, chap. vi, sect. II ; Valin, sur l'art. 3 du titre *Des assurances* ; Pothier, *Des assurances*, n. 105.

Un arrêt du parlement d'Aix, du 2 mai 1750, a fait une très-fausse application de cette règle. Audibert avait assuré une première fois le brigantin *le Lion heureux* pour 13,000 livres, puis l'avait assuré une seconde fois pour 2,000; enfin une troisième assurance de 6,000 livres avait été consentie par lui sur le brigantin *l'Heureux*, qui était le même que le *Lion heureux :* rien ne faisait connaître cette identité à l'assureur, et il lui était d'autant plus facile de l'ignorer que le nom du capitaine n'était pas le même sur la troisième police que sur les deux premières. Le navire ayant été pris par les Anglais, l'assuré réclama le montant des sommes assurées par les trois polices; mais Audibert contesta la validité de la troisième police : il prétendit qu'il y avait erreur sur le nom du navire et que, sans cette erreur qu'il n'avait pu découvrir, il n'aurait pas consenti une troisième assurance sur un navire qu'il avait déjà assuré deux fois. Néanmoins il fut condamné à payer par sentence de l'amirauté de Marseille, du 24 septembre 1748, confirmée sur l'appel par l'arrêt précité du parlement d'Aix, qui se fonda, suivant Émérigon, sur la doctrine de Casaregis, bien que Casaregis ne considère comme indifférente l'erreur sur le nom du navire que lorsque les parties sont d'accord sur son identité, circonstance qui ne se rencontrait pas dans l'espèce.

1492. L'erreur dans l'indication du lieu de destination du navire assuré est encore une cause de nullité du contrat d'assurances, parce que cette erreur est de nature à influer puissamment sur l'opinion du risque. *Error in expressione loci seu portûs, qualiter vitiat assecurationem* (1).

1493. Recherchons maintenant les effets de l'erreur sur la personne.

Aux termes de l'article 1110 du Code civil, l'erreur sur la personne n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. En général, la considération de la personne est la cause principale de la convention, dans

(1) Casaregis, *Disc.* 1, n. 185; le card. de Luca, *De credito*, *disc.* 108.

tous les cas où le contrat met à la charge de l'un des contractants une obligation qui ne peut être remplie que par lui, ou qui ne serait pas remplie par un autre de la manière prévue par le contrat. Ainsi, en matière de mandat, de travaux d'art, où il s'agit d'une chose à faire par une personne et non par une autre, l'erreur sur la personne est une cause de nullité de la convention. Il peut en être de même en matière de société, lorsqu'on ne s'associe avec une personne qu'en raison de sa capacité, de son crédit ou de ses relations : ce qui a lieu plutôt dans une société proprement dite que dans une société en participation, où on se détermine plus par la nature de l'opération que par la considération des personnes qui s'y livrent (1).

1494. Dans la vente commerciale, la personne du vendeur n'est d'aucune considération; quant à la personne de l'acheteur, elle n'est de quelque considération que dans les ventes à terme. Si on a traité comptant, l'erreur sur la personne est indifférente, parce qu'il importe peu au vendeur, qui fait métier de vendre, de savoir à qui il a vendu, quand une fois il est payé. Au contraire, dans les ventes à terme, où la solvabilité de l'acheteur est un motif déterminant du consentement, l'erreur sur la personne peut être une cause de nullité.

1495. En matière d'assurances, l'erreur sur la personne de l'assuré n'est pas ordinairement une cause de nullité, parce que l'assureur prend plutôt en considération la force du navire, la nature de son chargement, et surtout le voyage, que la personne qui, en cas de sinistre, doit profiter de l'assurance : *Quia*, dit très-bien la Rote de Gênes, *assecuratores non solent habere considerationem cujus nomine assecurationes fiunt, sed tantùm considerare viagium, sive iter et navim* (2).

Mais il en est autrement de l'erreur sur le nom du capitaine, lorsqu'elle est de nature à influer sur l'opinion du risque (3).

(1) Duranton, t. X, n. 121; Marcadé, sur l'art. 1110; M. Larombière sur l'art. 1110, n. 14, M. Demolombe, t. I, n. 112 et suiv.

(2) Décis. 101, n. 5; Santerna, *De assecur.*, part. IV, n. 10.

(3) Pothier, *Des assurances*, n. 105. — Il a même été jugé que la fausse indication du nom du capitaine est une cause de nullité du contrat, no-

1496. Au surplus, dans tous les cas où l'erreur sur la personne peut être une cause de nullité, l'erreur sur le nom n'est pas considérée comme erreur sur la personne quand les parties sont d'accord sur son identité. *Error in prænomine, nomine et cognomine, non vitiat, si constat de corpore* (1). Il en est, à cet égard, de l'erreur sur le nom de la personne comme de l'erreur sur le nom de la chose.

1497. Tout ce qui vient d'être dit s'applique à l'erreur de fait. Quant à l'erreur de droit, on a longtemps discuté sur le point de savoir si elle était une cause de nullité des conventions ; mais aujourd'hui la question paraît décidée par la généralité des termes de l'article 1109 du Code Civil qui en disposant qu'il n'y a pas de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur, ne distingue pas entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Cette interprétation se trouve confirmée par les articles 1356 et 2052 du Code Civil, qui veulent, le premier, que l'aveu judiciaire ne puisse être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit ; le second, que les transactions ne puissent être attaquées pour cause d'erreur de droit; et qui supposent évidemment par là que, dans tous les autres cas, l'erreur de droit vicie le consentement, puisque, si la règle générale de l'article 1109 n'était pas applicable à cette sorte d'erreur, il eût été fort inutile d'apporter une exception dans deux cas particuliers que leur nature spéciale garantissait par elle-même contre les effets dissolvants de l'erreur de droit (2). La controverse entre les anciens auteurs portait principalement sur le point de savoir si on pouvait répéter ce qui avait été payé par erreur. Cette controverse a été terminée par le Code qui porte, article 1377, que lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier (3) : nouvelle preuve

nobstant la clause que le capitaine pourra être remplacé par tout autre, reçu ou non reçu. Bordeaux, 29 mars 1848, S., 48, 2, 351.

(1) Rote de Gênes, décis. 101, n. 5. M. Larombière, art. 1110, n. 19 ; M. Demolombe, t. I, n. 122.

(2) Toullier, t. VI, n. 58 et suiv.; Duranton, t. X, n. 127 et suiv. Marcadé, sur l'art. 1110 ; M. Larombière, art. 1110, n. 22; M. Demolombe, t. I, n. 129.

(3) Voy. *inf.*, ch. v, sect. I et tit. II.

que l'erreur de droit est admise par notre législation actuelle. Il est bien vrai, qu'en principe, nul n'est censé ignorer la loi; mais, outre que cette maxime concerne seulement les dispositions impératives ou prohibitives et d'ordre public, l'erreur de droit n'est pas, à proprement parler, l'ignorance de la loi, mais plutôt la fausse entente de la loi et l'ignorance du droit qui en résulte; de telle sorte que, sans ignorer la loi, on peut cependant commettre une erreur de droit.

Il doit en être ainsi surtout en matière commerciale, parce que les commerçants ne sont pas ordinairement des jurisconsultes. *Ignorantia juris præsumitur in mercatoribus* (1). D'ailleurs, dans le commerce, où rien n'est gratuit et où, par conséquent, on ne s'engage que pour obéir à une obligation antérieure ou corrélative, où on ne paye que parce qu'on croit devoir, l'erreur de droit doit avoir encore plus d'effet que dans les matières civiles ordinaires. Aussi, les anciens docteurs en droit commercial étaient-ils unanimes pour reconnaître que l'erreur de droit était une cause de nullité des conventions. *Promittens aliquid solvere promisisse intelligitur quatenus de jure tenetur*, disait Casaregis (2). Ansaldus n'est pas moins formel: *Obligatio erronea seu facta sub præposito alterius præcedentis obligationis quæ non aderat, corruit et promittentem non obligat* (3). Et il reproduit la même règle en vingt endroits différents avec grand renfort d'autorités (4).

Du reste, l'erreur de droit, de même que l'erreur de fait, n'est une cause de nullité que lorsqu'elle a été le motif déterminant de la convention, parce que c'est alors seulement qu'on peut dire que l'obligation est sans cause.

1498. Une autre cause de nullité du consentement, c'est la violence (5). Il y a deux sortes de violences: la violence physique et la violence morale. La violence physique exclut tout consentement. Si le plus fort saisit la main du plus faible, et

(1) Casageris, *Disc.* 135, n. 30.
(2) *Disc.* 121, n. 21.
(3) *Disc.* 22, n. 7 et suiv.
(4) Voy. *Disc.* 31, n. 3, 25, 26.
(5) C. civ., 1109.

le force de signer un engagement dans lequel sa volonté n'est pour rien, il n'y a que l'apparence du consentement. Quant à la violence morale qui résulte d'une crainte inspirée par des menaces, elle n'exclut pas le consentement parce qu'elle suppose la volonté de céder aux menaces ; mais le consentement est nul parce qu'il émane d'une volonté qui n'est pas libre. En cédant aux menaces, et, en consentant à ce qui est exigé, de deux maux je choisis le moindre; j'étais sans doute libre d'accepter l'un ou l'autre ; « mais, comme le dit M. Toullier (1), ma liberté n'était que relative à deux choses contraires l'une et l'autre à ma volonté. La contrainte était donc absolue et le consentement nul; car, dans la réalité, je ne voulais ni l'une ni l'autre des deux choses dont on me laissait l'alternative. »

1499. Il y a violence morale lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne et sa fortune à un mal considérable (2). On doit donc considérer moins le fait de violence en lui-même, que la crainte que ce fait peut inspirer suivant le sexe, l'âge ou la condition des personnes, puisque le même fait produira des résultats différents, suivant le tempérament de la personne sur laquelle il s'agit. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que la violence, pour être une cause de nullité du contrat, soit exercée sur la partie contractante elle-même : il suffit qu'elle ait été exercée sur son conjoint, ou sur ses ascendants et descendants, parce que la crainte d'exposer ceux auxquels on est intimement uni par les liens du sang à un mal considérable, peut arracher un consentement aussi bien qu'une menace directe et personnelle (3).

1500. La violence est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers, autre que celui au profit duquel la convention a été faite, parce que, de quelque part qu'elle vienne, elle agit pareillement sur la volonté (4).

1501. Il ne faut pas confondre avec la violence la crainte

(1) T. VI, n. 77.
(2) C. civ., 1112.
(3) C. civ., 1113.
(4) C. civ., 1111.

révérentielle inspirée par le père, la mère, ou autre ascendant. Contracter sous l'empire de cette crainte, c'est obéir à un sentiment légitime, quoiqu'il puisse être exagéré. La crainte révérentielle seule ne suffit donc pas pour faire annuler le contrat, s'il n'y a pas eu de violence (1). Mais on comprend que si quelque violence se joignait à la crainte révérentielle, les juges devraient se montrer sévères et réprimer un abus de pouvoir en annulant la convention, bien que la violence n'eût pas un caractère suffisant de gravité pour la faire annuler dans les cas ordinaires (2).

1502. L'article 1112 du Code civil semble exiger, pour qu'il y ait violence capable de faire annuler le contrat, que cette violence inspire la crainte d'un mal *présent*. C'est là évidemment une erreur de rédaction; car, un mal futur et plus ou moins prochain peut sans aucun doute, aussi bien qu'un mal présent, inspirer une crainte capable d'altérer le consentement. Il est vrai que, moins le mal sera prochain, moins la crainte qu'il inspire devra produire d'effet; mais c'est là une question de fait nécessairement abandonnée aux juges, comme l'appréciation même des caractères de la violence. Cette erreur provient de ce que les auteurs du Code ont suivi l'opinion de Pothier (3), qui avait mal compris la loi 9 ff. *Quod metûs causâ*, d'après laquelle la contrainte qui vicie le consentement doit être *metum presentem, non suspicionem inferendi ejus:* une crainte présente, et non pas seulement le soupçon de l'intention d'inspirer cette crainte. D'où Pothier conclut cependant qu'il faut que la partie, qui prétend avoir été forcée de contracter, ait été intimidée par la crainte d'un grand mal qu'elle aurait été menacée d'endurer sur-le-champ, si elle ne faisait ce qu'on lui proposait; tandis que la loi romaine exige seulement que la crainte soit présente: ce qui est conforme à la nature des choses, car la violence est présente par cela seul que la crainte est présente, et s'il fallait, de

(1) C. civ., 1114.
(2) Marcadé, sur l'art. 1114. V. M. Larombière, art. 1114, n. 4, et M. Demolombe, t. I, n. 152 et suiv.
(3) *Des obligations*, n. 25.

plus, que le mal fût présent, la violence la plus réelle et la plus caractérisée ne suffirait pas toujours pour vicier le consentement (1).

1503. Il n'y a de violence capable d'annuler le contrat que celle qui part d'un principe injuste, *adversus bonos mores* (2), d'un abus de la force ou de l'autorité. Celle qui ne constitue que l'exercice d'un droit, quelque rigoureux qu'il soit, ne porte aucune atteinte à la validité du consentement qu'elle détermine, et du contrat qui en est la conséquence.

Nous avons vu, dans le tome 1er de cet ouvrage (3), un exemple d'une violence légitime qui laisse subsister le contrat formé sous son empire : c'est quand celui qui est capturé par un corsaire promet une rançon pour racheter sa liberté. Lorsque l'état des relations internationales légitime la course maritime, le corsaire qui a le droit de prendre a le droit de rançonner; et celui qui, dominé par la crainte de la prise, souscrit un billet de rançon, ne peut se prévaloir, pour se dégager de son obligation, de la violence dont il est victime.

1504. On en trouve un autre exemple dans le cas où un détenu pour dettes souscrit, pour sortir de prison, une obligation envers son créancier. Toutefois ce dernier point a donné lieu à quelques difficultés qu'il importe d'éclaircir.

La loi 22, ff. *Quod metûs causâ* porte : *Qui in carcerem quem detrusit ut aliquid ei extorqueret, quiquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est.* Les interprètes entendent cette loi dans le sens d'un emprisonnement illégal, ce qui est conforme d'ailleurs aux termes dont elle se sert, puisqu'elle parle d'un emprisonnement pratiqué plutôt par voie de fait et d'autorité privée, que sur l'ordre régulier de l'autorité publique, *qvi in carcerem quem detrusit;* d'un emprisonnement qui a pour but d'arracher au détenu une obligation à laquelle cette violence injuste le force à consentir, *ut aliquid ei extorqueret* (4).

(1) Marcadé, sur l'art. 1112. V. M. Larombière sur l'art. 1112, n. 7, MM. Aubry et Rau, t. III, p. 211 ; M. Demolombe, t. I, n. 139.

(2) L. 3, § 1, ff. *Quod metûs causâ.*

(3) N. 390.

(4) Voët, sur cette loi, n. 10 ; M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Crainte*, § 2.

« Les voies de droit, dit Pothier (1), ne peuvent jamais passer pour une violence injuste ; c'est pourquoi un débiteur ne peut jamais se pourvoir contre un contrat qu'il fait avec son créancier sur le seul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces que ce créancier lui a faites d'exercer, contre lui la contrainte par corps qu'il avait le droit d'exercer, ni même sur le prétexte qu'il a fait ce contrat en prison, lorsque le créancier avait le droit de l'emprisonner (2). »

Lors donc qu'un emprisonnement est fait sans droit, il constitue une violence capable de faire annuler le contrat auquel a souscrit le débiteur incarcéré.

Mais quand l'emprisonnement peut-il être considéré comme fait sans droit? Suffit-il que l'emprisonnement soit nul pour vice de forme ? ou faut-il que le titre, en vertu duquel la contrainte est exercée, soit nul ?

1505. Il faut d'abord remarquer que, si la manière dont la contrainte par corps est exercée contre un débiteur, en vertu d'un titre qui le soumettrait à cette voie d'exécution, était tellement irrégulière qu'elle constituât une voie de fait, l'emprisonnement, quoique juste au fond, devrait être considéré comme injuste dans la forme, et deviendrait une cause de nullité des obligations contractées sous le coup de cette contrainte. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le débiteur était arrêté par des individus qui ne seraient revêtus d'aucun caractère légal, ou qui s'attribueraient un caractère qui ne leur appartiendrait pas. Dans ce cas, il importerait peu que la contrainte par corps pût être légalement exercée : le créancier aurait à se reprocher de n'avoir pas employé les voies légales.

Si, au contraire, l'emprisonnement régulier dans son ensemble était nul à raison de l'omission ou du défaut d'observation de quelque formalité, je ne pense pas que le contrat

(1) *Des obligations*, n. 26.

(2) C'est en ce sens qu'il a été jugé par la chambre de l'Édit de Castres, le 22 février 1635, que les prisonniers peuvent valablement s'obliger, pourvu qu'ils soient emprisonnés d'autorité de justice et pour juste cause (Boné, part. II, art. 65). — Voy. aussi Paris, 9 prairial, an XII, S., 1, 2, 196 ; et 12 fév. 1806, *ibid.*, 2, 2, 115 ; et Douai, 11 juill. 1835, *ibid.*, 36, 2, 224.

consenti par le débiteur incarcéré pût être annulé pour violence dans tous les cas et quelle que fût la cause de la nullité. Il me semble qu'il y aurait lieu de distinguer entre les nullités provenant de l'omission d'une formalité destinée à protéger la liberté du débiteur, et celles qui constitueraient de simples nullités d'exploit. Ainsi, l'huissier ou le garde du commerce, procédant à l'arrestation, a-t-il refusé, malgré la réquisition du débiteur, de le conduire en référé devant le président du tribunal civil (1)? Le débiteur auquel ce recours en référé pouvait rendre la liberté subit une détention arbitraire, et l'incarcération, juste dans son principe, devient injuste et violente dans son application. — Le procès-verbal d'emprisonnement a-t-il omis, soit l'itératif commandement, soit l'élection de domicile exigée du créancier (2)? Le débiteur qui peut obtenir sa mise en liberté en faisant prononcer la nullité d'une contrainte (3), exercée d'ailleurs pour une juste cause, ne pourrait se faire restituer contre les obligations qu'il aurait souscrites envers son créancier pendant la durée d'une détention dont la nullité accidentelle ne fait pas disparaître la justice et la légalité substantielles. Je crois donc que M. Duranton émet une opinion trop générale, en disant que celui qui a été incarcéré illégalement, parce que toutes les formalités prescrites pour l'incarcération n'ont pas été remplies, doit obtenir la rescision de son engagement (4).

1506. Il reste à savoir maintenant, si, lorsque la contrainte a été régulièrement exercée quant à la forme, la nullité du titre en vertu duquel elle a lieu suffit pour faire considérer cette contrainte comme une violence injuste susceptible de vicier le consentement. Je crois qu'il faut distinguer entre le cas où le créancier ignore la nullité du titre et celui où il la connaît; en d'autres termes, il faut distinguer si le créancier est de bonne foi ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, le débiteur, qui pourrait demander et obtenir la nullité du titre,

(1) C. proc., 786.
(2) C. proc., 783.
(3) C. proc., 794.
(4) T. X, n. 142.

ne pourrait être admis à se plaindre de la contrainte qu'il aurait subie dans une forme légale et en vertu d'un titre apparent, pour faire annuler les actes souscrits dans le but de la faire cesser, lorsqu'il pouvait la faire cesser par les voies légales. Dans le second cas, le créancier qui savait que son titre était nul, et qui s'en est cependant servi pour contraindre son débiteur, ne peut se prévaloir contre celui-ci de la régularité apparente de l'exécution. Sa mauvaise foi change la contrainte en violence illégale et coupable. Il faudrait appliquer la même distinction au cas où le titre serait faux. M. Toullier me semble donc, à son tour, beaucoup trop général lorsqu'il dit que, si l'emprisonnement était sans cause légale, quoique fait suivant les formes de la loi, il en résulterait une violence injuste qui donnerait lieu à la rescision des actes faits pendant la détention (1).

1307. Il faut, au surplus, avoir soin de remarquer que l'engagement souscrit par un créancier régulièrement emprisonné, bien que valable sous le rapport du consentement, peut être annulé comme sans cause, si la crainte qui le dominait l'a amené à reconnaître une dette qu'il ne devait pas. En voici un exemple puisé dans les *Questions* de M. Merlin, dont j'emprunte le récit : « Un mari et une femme sont poursuivis pour une banqueroute frauduleuse: ils sont décrétés de prise de corps et emprisonnés. Dans cet état, ils transigent entre les deux guichets et s'obligent envers leurs créanciers; ils sortent. Lettres de rescision et appel de la procédure extraordinaire. Le 1er juin 1714, arrêt de la Tournelle criminelle du parlement de Paris, sur les conclusions de M. l'avocat général Chauvelin, qui déclare le tout nul, par le motif qu'il n'y avait point preuve de banqueroute par les charges, et par conséquent point de cause à la transaction (2). » Au milieu de l'incohérence de ce récit, il est facile de voir que la transaction n'avait eu d'autre cause que le désir de la liberté dont les débiteurs étaient privés par suite de décret prononcé contre eux pour fait de banqueroute, et que, dès qu'il était

(1) T. VI, n. 82.
(2) *Quest. de droit*, v° *Crainte*, § 2.

jugé qu'ils n'avaient jamais été en état de banqueroute, la cause déterminante de la transaction disparaissait.

C'est dans le même sens qu'il faut entendre deux arrêts de la quatrième chambre des enquêtes du parlement de Paris, du 13 août 1722, également cités par M. Merlin (1), qui ont admis ou rejeté des demandes en rescision d'engagements contractés par des débiteurs légalement incarcérés, selon que les débiteurs étaient ou non lésés par ces engagements, ce qui revient à savoir si ces engagements avaient une cause suffisante. Il est, en effet, manifeste que les engagements souscrits par un débiteur incarcéré, s'ils sont valables sous le rapport du consentement, peuvent être attaqués par tous les moyens qui seraient ouverts contre eux si le débiteur les avait souscrits en état de liberté; et que si la contrainte légale ne vicie pas le consentement sous le rapport de sa liberté elle ne peut être un obstacle à l'annulation des engagements dont elle a été le motif déterminant, et qui, sous d'autres rapports, manqueraient des conditions essentielles desquelles dépend leur validité (2).

1508. Nous avons vu plus haut que la violence qui vicie le consentement peut s'adresser non-seulement à la personne, mais encore à la fortune de celui sur qui elle est exercée. Un emprisonnement illégal, des menaces de mort, sont des violences qui s'exercent sur la personne; des menaces de vol, d'incendie, s'exercent sur la fortune.

On trouve un exemple remarquable de la nullité dont la violence exercée sur la fortune vicie le consentement, dans l'autorisation donnée au débiteur par la loi et par la jurisprudence (3), de répéter du créancier les intérêts usuraires qu'il a payés pendant tout le temps qu'il était dans les liens de l'obligation principale et sous la main du créancier qui, en le menaçant d'exiger le capital en cas de non-payement des intérêts excessifs, le contraignait moralement à subir la loi qu'il

(1) *Quest. de droit*, v° *Crainte*, § 2.

(2) V. M. Larombière sur l'art. 1112, n. 10; M. Demolombe, t. I, n. 148.

(3) L. 3 sept. 1807, art. 3; L. 15 juin 1850, art. 1er. Voy. Cass., 23 juill. et 24 déc. 1825. S., 8, 1, 159 et 246; D., 23, 1, 429, et 24, 1, 10.

lui imposait. *Cùm mutuator usurarius*, dit Scaccia, *usurpet rem alienam coacto et extorto domini consensu, dominium rerum quas extorquet ex causâ usurarum non transit in ipsum usurarium* (1).

Casaregis en cite un autre exemple : Un navire parti d'Italie pour l'Espagne ayant relâché à Marseille où régnait alors la peste, ne put être admis dans aucun des ports de sa destination, ce qui le força d'interrompre son voyage et de se réfugier à Toulon. Là, les chargeurs voulurent retirer leurs marchandises; mais le capitaine qui pouvait, en reprenant la mer, se soustraire aux demandes formées contre lui, ne consentit à les leur remettre qu'autant qu'ils s'engageraient à contribuer aux avaries communes, au nombre desquelles il faisait figurer les dépenses de relâche à Marseille et à Toulon, par suite des soupçons qui s'étaient élevés sur la santé du navire. Les chargeurs promirent. Mais plus tard et rentrés dans la possession de leurs marchandises, ils prétendirent que les dépenses de relâche à Marseille et à Toulon, n'étant pas avarie commune, ils n'étaient pas tenus d'y contribuer. Consulté par eux, Casaregis leur donna raison, *quò vi extorta est eadem promissio, cùm ii ad quos merces pertinebant, sine illâ promissione in portu Telonensi è manibus magistri navis recuperare merces non potuissent, adeòque jure invalida est, aut saltem rescindenda, exceptione aut actione quod metûs causâ* (2).

Inutile de citer d'autres exemples : ce qu'il importe de connaître, ce sont les principes.

1509. Je passe maintenant à l'examen des effets du dol sur la validité des contrats.

La bonne foi est l'âme de tous les contrats, surtout des contrats commerciaux : *Bona fides debet exuberare in tabernis et mensis nummulariis, ne contrahentes ignari decipiantur* (3). Le dol, qui est le contraire de la bonne foi, est donc une cause de nullité des contrats.

Le jurisconsulte Labéon définit le dol : *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, deci-*

(1) *De commerc. et camb.*, § 1, quæst. 7, part. II, n. 67, p. 264.
(2) Casaregis, *Disc.* 121, n. 23.
(3) Ansaldus, *Disc.* 46, n. 47.

piendum alterum, adhibitam (1). Généralement le dol est toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre.

Les formes et les degrés du dol pouvant varier à l'infini, on comprend que tout dol ne peut pas être une cause de nullité des conventions, parce que tout dol peut ne pas avoir une gravité suffisante, ou n'être pas tellement direct qu'il vicie le consentement. C'est ce qu'exprime l'article 1116 du Code civil, aux termes duquel « le dol est une cause de nullité des conventions, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

1510. Comme on le voit, l'article 1116 assimile, en quelque sorte, le dol à l'erreur, en ce sens que le dol n'est une cause de nullité que lorsque les manœuvres employées ont été la cause déterminante du contrat, de même que l'erreur doit tomber sur la substance de la chose (2). En effet, le dol n'a d'autre but que d'induire en erreur celui contre lequel il est dirigé; tellement que si celui qu'on veut tromper découvre la fraude et n'en contracte pas moins en connaissance de cause, il ne sera pas fondé à demander la nullité du contrat, puisqu'il aura agi sciemment, et que les manœuvres pratiquées par l'autre partie n'auront pas été la cause déterminante de son engagement. C'est ce qu'exprime très-bien la Rote de Gênes en disant : *scienti ac volenti et intelligenti fraus fieri non potest* (3).

Il y a donc entre le dol et l'erreur, le rapport de la cause à l'effet; d'où il suit que dans tous les cas où l'erreur naturelle annule le contrat, l'erreur produite par le dol, ou, ce qui revient au même, le dol doit conduire au même résultat. Mais il y a aussi cette différence entre l'erreur naturelle et l'erreur produite par le dol, que celle-ci vicie le contrat dans des cas où l'erreur naturelle ne le vicierait pas; par exemple lorsqu'elle ne porte que sur les qualités accidentelles de la chose (4). La raison en est qu'il est juste de restreindre les

(1) L. 1, § 2, ff. *De dolo*.

(2) Voy. *sup.*, n. 1481.

(3) Décis. 168, n. 10. V. M. Demolombe, t. I, n. 181.

(4) Marcadé, sur l'art. 1116.

effets de l'erreur naturelle, et de ne pas faire supporter par celui avec qui a contracté la partie qui se trompe les effets d'une erreur qui ne tombe pas sur la substance même de la chose; tandis qu'au contraire il serait injuste, quand l'erreur est produite par les manœuvres de l'une des parties, de n'en pas étendre les effets jusqu'au point où ces manœuvres se sont elles-mêmes étendues, c'est-à-dire de ne pas annuler la convention, lorsqu'il est évident que, sans les manœuvres de l'une des parties, l'autre partie n'aurait pas contracté, alors même que ces manœuvres n'ont produit d'erreur que sur les qualités accidentelles de la chose (1).

1511. Dans les contrats aléatoires, et spécialement en matière d'assurances maritimes, il y a encore cette différence entre l'erreur simple et l'erreur produite par le dol, que les fausses déclarations ou réticences faites de bonne foi par l'assuré n'ont d'autre effet que d'autoriser l'assureur à faire réduire l'assurance jusqu'à concurrence de la véritable valeur des objets mis en risque, ou d'annuler le contrat des deux parts, si rien n'a été mis en risque (2); tandis que si la réticence ou la fausse déclaration est faite par dol, et dans le dessein de tromper l'assureur, le contrat n'est annulé qu'à l'égard de ce dernier, qui est dispensé de payer le montant de l'assurance, tandis que l'assuré n'en est pas moins obligé de payer la prime (3).

De même, en matière de prêt à la grosse, si la valeur des effets affectés au prêt est exagérée par erreur, le prêteur peut faire réduire le contrat à la valeur réelle des objets, tandis

(1) V. cependant M. Larombière, sur l'art. 1116, n. 3, et M. Demolombe, t. I, n. 170 et suiv.

(2) C. comm., 358. Voy. *sup.*, n. 1485.

(3) C. comm., 357. — Il y a d'ailleurs cela de particulier aux réticences, en matière d'assurances, qu'elles peuvent être une cause de nullité alors même qu'il s'agit de faits postérieurs au contrat qui n'ont pas été révélés à l'assureur. C'est en ce sens qu'il a été jugé qu'il y a réticence entraînant la nullité de l'assurance dans le fait de l'assuré, qui, sans en prévenir les assureurs sur corps, fait assurer son navire sur fret et bonne arrivée; et que, dans ce cas, les assureurs sur corps, si le navire vient à se perdre, ne sont pas tenus de payer le montant de l'assurance. Cass., 13 juill. 1852, S., 52, 1, 785.

que s'il y a dol dans l'évaluation exagérée, le contrat est nul pour le tout. Seulement, dans un cas comme dans l'autre, la nullité partielle ou intégrale n'est jamais absolue, en ce sens que l'emprunteur est toujours tenu de payer l'intérêt de terre des sommes qu'il a reçues à titre d'emprunt à la grosse, et qui, par suite de son erreur ou de son dol, cessent d'être exposées à un risque maritime (1).

1512. Mais quand peut-on dire que les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté? C'est là évidemment une question abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Toutefois les jurisconsultes ont de tout temps fait de grands efforts pour arriver à tracer des règles plus ou moins précises, ou du moins pour distinguer différentes espèces de dol, et chercher à affaiblir la difficulté en la divisant. C'est ainsi qu'on a distingué le dol *positif*, qui consiste à employer des manœuvres pour faire croire ce qui n'est pas, du dol *négatif*, qui consiste à dissimuler ce qui est; le dol *personnel*, qui est pratiqué par la personne, du dol *réel*, qui n'est que l'erreur provenant de l'ignorance des vices de la chose, mais qui devient, en quelque sorte, un dol personnel, quand l'une des parties cherche à se prévaloir d'un contrat auquel l'autre partie n'a consenti que par erreur (2); le dol *principal* qui a porté l'une des parties à contracter, *dolus dans causam contractui*, du dol *incident* ou *accidentel*, *dolus incidens* qui ne tombe que sur les accessoires de la chose. Mais ces distinctions un peu scholastiques sont loin de satisfaire l'esprit, et d'offrir dans la pratique un secours fort efficace, puisque les différentes espèces de dol qu'elles reconnaissent peuvent être, aussi bien les unes que les autres, des causes de nullité, selon les circonstances et la gravité du dol. Et, pour ne parler que du dol principal et du dol incident, il me semble qu'il n'est pas tout à fait exact de

(1) C. comm., 36, 317. Émérigon, *Contrat à la grosse*, ch. VI, sect. II; Boulay-Paty, sur Émérigon, *ibid.*

(2) *Idem est etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cùm enim quis petat ex eâ stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit* (Ulp., l. XXX, ff. *De verb. oblig.*).

dire, comme le font tous les auteurs (1), que le dol principal seul est une cause de nullité, et que le dol incident ne donne lieu qu'à des dommages-intérêts au profit de la partie qui a été trompée, tout en laissant subsister le contrat. Si, par dol principal, on entend des manœuvres sans lesquelles la partie n'aurait pas contracté, et par dol incident des manœuvres malgré lesquelles elle aurait contracté, si elle en avait eu connaissance, les auteurs ont raison; mais, si par dol principal on entend, avec la plupart des auteurs, les manœuvres qui ont amené une partie à faire un contrat, alors qu'elle ne songeait pas à contracter, et, par dol incident, les manœuvres qui ont trompé sur les accessoires de la chose une partie qui avait déjà l'intention de contracter, il ne me semble pas douteux que les unes et les autres annulent la convention, puisqu'on peut dire que quelle que fût l'intention primitive de la partie, elle n'aurait pas contracté sans les manœuvres qui ont fait naître chez elle l'idée du contrat, ou qui, si cette idée était déjà entrée dans son esprit, l'ont déterminée à y donner suite en la trompant sur les accessoires de l'objet du contrat (2). On ne concevrait pas, en effet, comment, lorsque l'erreur simple est une cause de nullité, bien qu'elle ne porte que sur les qualités accidentelles de la chose, si ces qualités ont été la cause déterminante du contrat, il en serait autrement de l'erreur produite par le dol, et que celui qui a été trompé fût dans une position moins favorable que celui qui s'est trompé.

1513. C'est donc aux juges à apprécier les circonstances et à décider s'il y a dol, sans que leur droit d'examen et d'appréciation puisse être limité par aucune des distinctions dont je viens de parler.

1514. Il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs, que ce qui caractérise le dol, c'est l'intention de tromper *consilium fraudis*; et que ce qui donne à la partie contre laquelle il a été

(1) Toullier, t. VI, n. 90; Duranton, t. X, n. 169; M. Merlin, *Rép.*, v° *Dol*, § 3; Marcadé, sur l'art. 1116; M. Demolombe, t. I, n. 175 et suiv.; M. Larombière, sur l'art. 1116, n. 3.

(2) C. civ., 1116.

dirigé le droit de s'en plaindre, c'est le dommage qui en résulte, *eventum damni* (1). Car, il est manifeste que tout dommage résultant d'un contrat ne suppose pas nécessairement l'intention de tromper : *dolus non ab eventu, sed ex consilio considerari debet* (2); et que l'intention de tromper, non suivie d'effet, ne saurait porter atteinte au contrat sur les résultats duquel une intention mauvaise n'a exercé aucune influence. *Justum et injustum non consistit in bonitate, aut pravitate animorum et intentionum, sed consistit in rerum et operum externorum æqualitate et inæqualitate* (3).

1515. Il faut de plus remarquer que toute espèce de mauvaise foi, ou toute espèce de manœuvres faites dans le but de déterminer une partie à contracter, n'est pas un dol dans le sens de la loi. Il y a différents degrés dans la mauvaise foi et dans les manœuvres en lesquelles elle se traduit; et le dol ne se rencontre pas à tous les degrés. Telle chose peut être considérée comme blâmable d'après les règles de la conscience et du for intérieur, qui reste hors de la portée des dispositions répressives établies pour le for extérieur. On trouve un exemple frappant de cette vérité dans la vente qui, en fait d'immeubles, n'est rescindable que pour lésion de plus des sept douzièmes (4), et qui en fait de meubles, et conséquemment en matière commerciale, n'est jamais rescindable pour cause de lésion, bien que le vendeur ait sciemment vendu trop cher (5).

C'est ce qui fait dire à Ulpien, d'après Pomponius, qu'il est permis au vendeur et à l'acheteur de se circonvenir réciproquement pour fixation du prix. *Pomponius ait : in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se cir-*

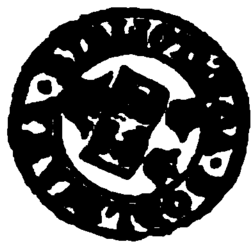
(1) *Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu duntaxat sed ex consilio quoque desideratur* (L. 79, ff. *De reg. jur.*).

(2) Rote de Gênes, décis. 168, n. 5. Voy. aussi Casaregis, *Disc.* 1, n. 83 et suiv.

(3) Scaccia, *De com. et camb.*, § 1, quæst. 7, part. III, limit. 5, n. 7.

(4) C. civ., 1674.

(5) ..... *Quod textus et leges quæ dicunt rem posse carius seu minori pretio vendi, dummodò non excedatur medietas justi pretii, loquuntur in foro judiciario, non in foro pœnitentiali* (Scaccia, § 1, quæst. 7, part. II, ampl. 19, n. 2). — De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 21, n. 28.



cumvenire (1). Ce qui ne veut pas dire assurément qu'il soit permis au vendeur ou à l'acheteur d'employer des manœuvres dolosives pour se tromper mutuellement, soit sur le prix, soit sur la valeur de la chose; mais ce qui signifie que, dans un sentiment d'intérêt bien entendu, il est permis au vendeur d'exagérer dans ses discours la valeur de sa chose pour en avoir un meilleur prix, et à l'acheteur de la déprécier pour l'obtenir à meilleur marché (2). *Non est dolus sed prudentia*, dit Godeffroi, en commentant le texte d'Ulpien.

C'est également en ce sens qu'il faut entendre Scaccia, lorsqu'il dit que dans le commerce il est permis de se tromper : *Ut in commerciis, contrahentes, se invicem decipere possint* (3). On doit distinguer la prudence, l'adresse, l'habileté qui consistent à profiter des circonstances favorables, du dol et des manœuvres frauduleuses qui font naître ces circonstances ou qui les supposent (4).

On trouve une application de cette distinction dans un exemple cité par Cicéron, et que presque tous les jurisconsultes ont reproduit après lui, soit pour approuver, soit pour combattre l'opinion du philosophe romain.

« Un homme de bien, *vir bonus*, dit-il, part d'Alexandrie et va porter du blé à Rhodes; il trouve cette île dénuée de grains, et par conséquent cette denrée y est extrêmement chère; mais il sait que plusieurs marchands sont partis comme lui du port d'Alexandrie; il a vu plusieurs vaisseaux chargés de blés prenant la route de Rhodes : doit-il en avertir les habitants ou tenir la chose secrète, afin de tirer un meilleur parti de sa marchandise? » Et Cicéron décide que le marchand de blé ne doit pas garder le silence sur les circonstances qui peuvent faire baisser le prix de sa marchandise. « Si se taire n'est pas toujours céler, ajoute-t-il, au moins cèle-t-on en gardant un silence intéressé, lorsque

(1) L. 16, § 4, ff. *De minoribus*.

(2) M. Troplong, *De la vente*, t. II, n. 780. Stracchà, *De mercat.*, part. II, n. 6.

(3) *De comm. et camb.*, § 1, quæst. 1, n. 317. — De Grassis, *De cessione*, n. 5 ; Damhouderius, *De subhastationibus*, n. 27.

(4) Casaregis, *Disc.* 216, n. 27.

d'autres ont besoin de savoir la vérité (1). » Mais c'est une erreur : il n'y a rien d'injuste et de dolosif dans le silence gardé par ce marchand sur la prochaine arrivée des blés qui feront baisser le prix de cette denrée. Diogène de Babylone, célèbre philosophe stoïcien, en donne la raison au rapport de Cicéron lui-même : le vendeur qui a pris la peine d'apporter la marchandise, de la mettre en vente, peut licitement tirer parti des circonstances, pour la vendre au prix courant, et réaliser un bénéfice qui est le juste salaire de sa peine et de ses soins, et l'équitable indemnité des risques qu'il a courus. *Advexi, exposui; vendo meum non pluris quam cæteri, fortasse etiam minoris quum major est copia : cui fit injuria?* Aussi l'opinion de Cicéron, condamnée par Grotius (2), n'a-t-elle pas trouvé d'écho chez les jurisconsultes modernes.

Barthole propose une espèce analogue. Le gouverneur d'une province avait admis un marchand dans son intimité, ce qui permit à ce marchand d'avoir connaissance d'un décret qui devait être publié sous peu de jours, par lequel le prix du blé était taxé à un prix inférieur au prix actuel. Aussitôt le marchand s'empressa de vendre tous ses grains au prix actuel sans prévenir l'acheteur du décret qui allait être publié. Barthole (3), et après lui Straccha (4), et Ansaldus (5), qui partagent son avis, décident que l'acheteur est fondé à agir à fin de dommages-intérêts contre le vendeur, par ce motif que le vendeur viole la loi qui, bien que non publiée, était obligatoire pour lui, par cela seul qu'il la connaissait. J'ai déjà établi, dans le cours de cet ouvrage (6), que la loi non publiée n'est pas obligatoire, même pour ceux qui la connaissent : il faut donc écarter cette raison de décider. Quant à celle qu'on tirerait du dol qu'aurait commis le vendeur, elle ne serait pas plus solide; car il est évident que le marchand qui profite des circonstances favorables pour se

(1) *Des offices*, liv. III, ch. XII et XIII.
(2) *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, ch. XII, § 9.
(3) Sur la loi *Quæro*, ff. *De act. empt.*
(4) *De sponsionibus*, p. 404, n. 2.
(5) *Disc.* 38, n. 39.
(6) T. I, n. 73.

défaire avantageusement de sa marchandise, sans d'ailleurs employer aucunes manœuvres pour décider à acheter ceux qui n'en avaient pas l'intention, ne commet aucun dol en vendant, moyennant leur prix actuel, des choses dont le prix doit bientôt diminuer. En effet, le silence qu'il garde ne tombe ni sur la substance de la chose, ni sur ses qualités accidentelles, mais seulement sur le prix, qu'il est permis aux deux parties de débattre selon leur intérêt, et qui est juste s'il se rapporte à la valeur de la chose au temps du contrat. S'il en était autrement, et si, en vendant, il n'était pas permis de profiter d'une hausse, alors qu'on connaît un fait qui va prochainement amener une baisse, ou, en achetant, de profiter d'une baisse quand on prévoit une hausse prochaine, il n'y aurait plus de commerce possible, et tous les contrats commutatifs et à titre onéreux se changeraient en contrats de bienfaisance et purement gratuits. Ici s'appliquent encore ces paroles que Cicéron prête à Diogène de Babylone : *Quod si ita est, ne vendendum quidem quidquam est, sed donandum* (1).

1516. Mais si le silence portait sur la substance même de la chose, et avait pour but de cacher une circonstance qui, connue, aurait empêché l'autre partie de contracter, alors il constituerait un dol caractérisé. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas où on obtiendrait le cautionnement d'un tiers pour une créance due par un failli, en lui cachant la circonstance de la faillite. C'est en ce sens qu'il faut entendre Ansaldus lorsqu'il dit : *Tacens in contractu aliquam qualitatem vel circumstantiam præjudicialem aut aliàs damnosam ei qui secum contrahit dicitur in dolo* (2).

1517. Au surplus, en cas de vente, il faut remarquer que si la chose vendue avait certains vices non déclarés par le vendeur, et que l'acheteur eût pu reconnaître avec plus ou moins d'attention, la vente ne pourrait être annulée pour cause de dol, lors même que ces vices auraient été connus du vendeur qui les aurait intentionnellement cachés, à moins qu'ils ne fussent rédhibitoires. Cela a lieu surtout en matière de vente

(1) *Des offices*, liv. III, ch. XII.
(2) *Disc.* 59, n. 32.

d'animaux. Il y a tant de degrés dans les qualités de même que dans les défauts des animaux; il serait quelquefois si difficile de prouver que le marchand qui les vend et qui en fait le commerce en a connu tous les vices, que la loi a sagement fait de limiter et de restreindre le nombre des cas rédhibitoires (1). Elle a consulté en cela non-seulement l'intérêt des vendeurs, mais aussi l'intérêt des acheteurs, qu'il faut prémunir contre la tentation de se jeter dans des procès sans issue. « S'il y a des vendeurs qui veulent tromper, dit très-bien M. Troplong, il y a des acheteurs qui ne sont jamais contents. Il faut, sans doute, ne pas favoriser les premiers; mais il serait impolitique de trop accorder aux seconds (2). »

1518. Quand l'erreur produite par le dol est suffisante, abstraction faite du dol, pour annuler le contrat, il importe peu de savoir par qui a été pratiqué le dol, et s'il est l'œuvre de l'une des parties ou d'un tiers. Mais lorsque l'erreur n'est pas suffisante par elle-même, et qu'il faut avoir recours à la circonstance du dol pour trouver une cause de nullité, il importe de connaître l'auteur du dol. Il résulte, en effet, des termes de l'article 1116 du Code civil, que le dol n'est une cause de nullité des conventions, que lorsque les manœuvres en lesquelles il consiste ont été pratiquées par l'une des parties (3). On ne serait pas fondé, pour prétendre que le dol pratiqué par un tiers est une cause de nullité du contrat auquel ce tiers n'a pas été partie, à argumenter de ce qui a lieu dans le cas de violence commise par un tiers (4). De quelque part que vienne la violence, elle affecte la liberté du consentement au moment même où il intervient, et elle agit directement sur le contrat qui en est la conséquence et dont elle est la cause immédiate. Le dol, au contraire, lorsqu'il n'est pas pratiqué par l'une des parties contractantes, mais par un tiers, n'agit pas directement sur le consentement, qui est libre relativement aux parties contractantes; le dol n'est alors que la cause médiate du con-

(1) Loi du 2 mai 1838.
(2) *De la vente*, t. II, n. 550.
(3) Toullier, t. VI, n. 93; Duranton, t. X, n. 176; Marcadé, sur l'art. 1116.
(4) Voy. *sup.*, n. 1500.

trat; et si l'erreur que le dol produit ou qu'il entretient n'est pas par elle-même de nature à vicier le contrat, il serait injuste d'en rendre responsable une partie qui a contracté de bonne foi (1).

1519. Mais la règle qui n'annule un contrat pour cause de dol, qu'autant qu'il a été commis par une des parties, cesse d'avoir lieu s'il y a eu complicité; et il suffit, pour qu'il y ait complicité de la part d'une partie, que le dol ait été commis dans l'intérêt de cette partie qui l'a su et ne l'a pas empêché (2).

Cette règle cesse également, lorsque le dol a été commis par le mandataire de l'une des parties (3). Le mandataire représente le mandant, et ne peut être considéré comme un tiers à l'égard de l'autre partie. Toutefois, la partie, contre laquelle les manœuvres ont été dirigées, ne pourrait agir contre le mandat, que pour faire rescinder le contrat et obtenir la restitution de ce que le mandat aurait reçu par suite du contrat. Si elle prétendait, de plus, à des dommages-intérêts, elle ne pourrait les répéter que contre le mandataire, sauf le cas où le mandant aurait été complice du dol (4).

De ce que le dol n'est une cause de nullité de la convention qu'autant qu'il a été pratiqué par celui au profit duquel l'obligation a été contractée, il résulte que les actionnaires d'une société commandite qui n'ont souscrit des actions que par suite des manœuvres dolosives du gérant, et qui par suite sont devenus les obligés des créanciers de la société tombée en faillite ne peuvent se prévaloir vis-à-vis de ces créanciers du dol commis par le gérant, qui est un tiers à l'égard de ces derniers, pour faire annuler leur souscription (5). Mais ils pourraient s'en prévaloir vis-à-vis de la société elle-même, qui est obligée par les actes, même dolosifs ou frauduleux, du gérant en qui elle se personnifie.

(1) V. cependant M. Larombière, art. 1116, n. 8; et M. Demolombe, t. I, n. 183 et suiv.
(2) M. Demolombe, t. I, n. 185 et suiv.
(3) L. 15, ff. *De dolo malo.*
(4) Duranton, t. X, n. 186; M. Larombière, art. 1116, n. 10; M. Demolombe, t. I, n. 187.
(5) Cass., 10 fév. 1868, S., 68, 1, 379.

Le débiteur d'une obligation qui n'a été souscrite que sous l'influence des manœuvres pratiquées par le créancier originaire, est recevable, après la cession de la créance, à opposer au cessionnaire l'exception de dol qu'il eût pu opposer au cédant.

Toutefois, cette dernière solution est susceptible de difficulté en matière de lettres de change et de tous autres titres transmissibles par voie d'ordre ; mais comme la même difficulté peut également se présenter à l'occasion du dol et de la violence, je traiterai la question relative à ces trois causes de nullité, après avoir terminé l'exposition des règles spéciales au cas de dol.

1520. Nous avons vu ce que c'est que le dol ; quand et comment il est une cause de nullité. Il nous reste à rechercher comment il se prouve.

Le dol ne se présume pas : il doit toujours être prouvé (1). La bonne foi, au contraire, se présume toujours : c'est donc à celui qui allègue le dol à le prouver (2).

Cependant, en certains cas exceptionnels, la loi a établi des présomptions légales de dol. Le droit commercial maritime offre un exemple remarquable d'une présomption de cette nature dans les articles 365 et 366 du Code de commerce, qui, après avoir déclaré nulle, comme frauduleuse, toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés, s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés, ajoutent que cette présomption existe, si, en comptant trois quarts de myriamètres par heures, sans préjudice des autres preuves, il est établi que de l'endroit de l'arrivée ou de la perte du vaisseau, ou du lieu où la première nouvelle en est arrivée, elle a pu être portée dans le lieu où le contrat d'assurance a été passé, avant la signature du contrat. Il est même à remarquer que, dans ce cas, la présomption légale de dol ne peut être combattue par aucune preuve contraire. C'est ce

(1) C. civ., 1116.
(2) C. civ., 2268.

qui résulte de la forme impérative et absolue de l'article 366 (1).

1521. De ce que, dans la généralité des cas, le dol ne se *présume* pas, il n'en faut pas conclure qu'il ne puisse être prouvé à l'aide de présomptions. Le contraire résulte de l'article 1353 du Code civil, qui permet aux juges d'admettre des présomptions graves, précises et concordantes, lorsqu'un acte est attaqué pour cause de dol et de fraude. Le dol ne se présume pas, en ce sens qu'on ne doit pas en supposer l'existence en l'absence d'une preuve préalable, ce qui n'empêche pas que cette preuve puisse résulter de présomptions, lorsqu'elles sont de nature à faire preuve (2). *Constat enim probari dolum et fraudem per præsomptiones et argumenta*, dit la Rote de Gênes, à l'occasion du dol commis en matière d'assurance (3).

Le dol se prouve encore par témoins. Les présomptions et la preuve par témoins sont même les seuls moyens qu'on ait ordinairement de faire la preuve des manœuvres frauduleuses; car il arrive rarement qu'on puisse s'en procurer une preuve écrite (4).

Les juges peuvent d'ailleurs déférer le serment supplétoire pour compléter la preuve du dol qui résulte de l'ensemble des circonstances de la cause (5).

1522. Du reste, quel que soit le mode employé, le dol ne peut être tenu pour constant, qu'en présence d'une preuve précise. Il faut avoir égard, à ce sujet, à la matière et aux personnes. C'est ce qui fait dire à Casaregis que lorsque la matière est suspecte, par exemple en matière de faillite, une seule présomption suffit pour prouver le dol et la fraude : *Conjectura etiam unica sufficit ad probandam fraudem in materiâ per se suspectâ* (6). Tandis que lorsque la personne qui est accusée de fraude est, par sa position commerciale, à l'abri d'un pa-

(1) Dageville, *Code de commerce expliqué par la jurisprudence*, t. III, p. 343.

(2) Voy. Cass., 14 mars 1842, S., 42, 1, 665.

(3) Décis. 3, n. 27.

(4) C. civ., 1348. Voy. *inf.*, ch. VI.

(5) Voy. Cass., 14 mars 1842, *ubi sup.*

(6) Disc. 209, n. 44.

reil soupçon, on ne doit admettre contre elle que des preuves plus claires que le jour : *In mercatoribus nobilibus exclusa remanet omnis suspicio fraudis et falsitatis, et probationes contra eos esse debent luce meridianâ clariores* (1).

1523. Examinons maintenant comment l'erreur, la violence et le dol, peuvent être une cause de nullité en matière d'obligations transmissibles par voie d'ordre.

Nul doute d'abord que le tireur d'une lettre de change, le souscripteur d'un billet à ordre, ne puissent opposer au bénéficiaire de l'effet, c'est-à-dire à celui au profit immédiat et à l'ordre duquel il a été souscrit, l'erreur, la violence ou le dol qui ont été la cause déterminante de leur consentement. *Contrà litteras cambii opponi potest exceptio doli mali*, dit Casaregis (2).

Nul doute non plus, que l'accepteur d'une lettre de change, qui ne l'aurait acceptée que par suite d'une erreur capable de vicier son consentement (3), ou par suite des manœuvres pratiquées contre lui par le tireur, ne fût recevable à demander la nullité de son acceptation à l'encontre de ce tireur.

1524. Mais le tireur d'une lettre de change et le souscripteur d'un billet à ordre, contre lesquels un tiers porteur, en vertu d'un endossement, exercerait le recours que lui ouvre, en cas de non-payement, l'article 164 du Code de commerce, peuvent-ils exciper contre ce tiers porteur, soit de leur propre erreur, soit de la violence ou du dol commis par le bénéficiaire ?

Mais l'accepteur peut-il opposer au tiers porteur, soit son erreur, soit le dol et la violence commis par le tireur ?

Si le tiers porteur a participé au dol, et s'il est de mauvaise foi, il est manifeste qu'on peut lui opposer le dol dont il s'est rendu complice (4).

Que décider, si au contraire il est de bonne foi, ou s'il

(1) *Disc.* 202, n. 49.
(2) *Disc.* 148, n. 18,
(3) Voy. *sup.*, n. 1482.
(4) Cass., 2 fév. 1853, S., 53, 1, 428; et 19 mars 1860, *ibid.*, 61, 1, 167.

s'agit d'une cause de nullité à laquelle il est étranger? C'est ici que commence la difficulté.

Il est un principe fondamental en matière de lettres de change et de tous autres titres transmissibles par voie d'ordre ou d'endossement : c'est que le débiteur ne peut opposer au tiers porteur ou cessionnaire du titre aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant personnellement ; le porteur se trouve le créancier direct du débiteur, et on ne doit avoir nul égard à la position des porteurs intermédiaires desquels il est fait entièrement abstraction. Ce principe, fécond en conséquences, et qui domine toute la matière si compliquée des effets de commerce et de leur transmission, ne se trouve formulé d'une manière expresse dans aucun article de nos Codes; mais il résulte de la nature même des choses et de la clause *à ordre* qui est de l'essence de tous les titres susceptibles de transmission par voie d'endossement. Le débiteur qui s'oblige en cette forme accepte d'avance pour créanciers, non-seulement le preneur de l'effet, mais tous ceux que des endossements postérieurs et successifs en rendront propriétaire. A la différence de celui qui, en souscrivant une obligation ordinaire susceptible de cession, ne s'engage que vis-à-vis de l'autre partie, et qui, après cession ou transport du titre dans les formes autorisées par le droit commun (1), n'est engagé envers le cessionnaire, que parce que ce cessionnaire représente le cédant, le souscripteur d'une obligation à ordre s'engage directement et sans intermédiaire vis-à-vis de tous les tiers porteurs qui, sous ce rapport, ne se représentent pas les uns les autres, et qui sont tous créanciers de leur propre chef. C'est là un principe professé par tous les anciens cambistes, depuis que l'usage de l'ordre ou de l'endossement s'est introduit dans le commerce, c'est-à-dire depuis le commencement du dix-septième siècle ; Casaregis n'est que l'écho de tous ses contemporains, et de tous ses prédécesseurs, lorsqu'il dit, dans son style dont la négligence n'exclut pas l'énergie : *Exceptio quæ obstat cedenti, vel*

(1) C. civ., 1689 et suiv.

giranti, non obstat cessionario vel giratorio ex causâ onerosâ (1); et la loi commerciale, en admettant certaines obligations à ordre, a implicitement, mais nécessairement, admis toutes les conséquences qui tiennent à la nature de ces obligations et à leur essence, et, par suite, le principe sans lequel la transmission par voie d'ordre ou d'endossement ne présenterait plus les avantages qui en ont introduit l'usage dans la pratique commerciale. L'endossement des effets à ordre n'est qu'un moyen de circulation et de crédit, et personne ne voudrait recevoir des effets de cette nature si le porteur devait rester exposé à des exceptions qui ne lui sont pas personnelles, et pouvait être repoussé, au moment de l'échéance, par des moyens de nullité que la teneur du titre ne lui aurait pas révélés.

Il suit de là que si le débiteur d'un effet à ordre peut opposer, à tous les porteurs successifs, les moyens de nullité qui tiennent à la régularité du titre, et qui résultent de l'omission des formes constitutives, soit de la lettre de change, soit du billet à ordre, il ne peut leur opposer des exceptions qui touchent le fond même de l'obligation, et dont l'admission ferait disparaître, non pas le titre, qui resterait valable en lui-même, mais la cause du titre, que les tiers porteurs ne sont pas tenus de vérifier, lorsqu'on le leur présente revêtu de toutes les formalités extrinsèques ou intrinsèques nécessaires à sa régularité, et qui font justement supposer la réalité et la validité de l'obligation.

Le débiteur d'un effet à ordre, tireur, souscripteur, ou accepteur, qui se trouve l'obligé direct du porteur, ne peut donc lui opposer l'exception d'erreur, de violence, ou de dol, qui eût pu être opposée par le tireur ou le souscripteur au preneur, ou par l'accepteur au tireur. Les faits personnels aux contractants primitifs ne regardent pas les contractants postérieurs, qui ne les représentent pas, et qui, agissant de

(1) *Disc.* 148, n. 19. — Voy. aussi Ansaldus, *Disc.* 2, n. 38; le cardinal de Luca, *De credito, disc.* 163, n. 2 et suiv.

leur chef propre, restent en dehors de l'influence de ces faits auxquels ils sont étrangers.

Ansaldus décide, il est vrai, que l'accepteur n'est pas lié par une acceptation obtenue par des moyens frauduleux ; mais comme il ne s'explique pas sur le point de savoir si l'accepteur opposait le dol au tireur lui-même, ou à un tiers porteur, je ne crois pas qu'on puisse trouver dans la généralité de sa proposition un argument sérieux contre la doctrine que je défends. Il s'agissait dans l'hypothèse sur laquelle il se prononce, d'un accepteur qui n'ayant pas provision prétendait se dégager des liens du contrat, sous prétexte de la faillite du tireur et des manœuvres que celui-ci aurait employées pour obtenir son acceptation, nonobstant sa faillite déclarée ou prochaine. Ansaldus admet cette prétention : *Quando, prout hic, debitum vel creditum ex nullâ parte concurrit, nulla dabitur doctrina quæ in hoc casu obliget acceptantem ad solvendum : imò repugnat rationi et æquitati ; foret namque patrocinari dolo manifestissimo ejusdem decocturi ; qui sciens propriam labentem fortunam circumveniret absentem amicum et corresponsalem ; et tamen cùm inter dantem et acceptantem litteras cambii geratur contractus bonæ fidei, iste non tenet, ubi causatur dolo alterius ex contrahentibus* (1).

Comme on le voit, outre la circonstance du dol, il y avait celle de la faillite, sur laquelle je n'ai pas à m'expliquer ici (2), qui, dans l'opinion d'Ansaldus, suffisait pour faire annuler l'acceptation : la circonstance du dol n'était pour lui qu'un motif secondaire ; ce qui, joint à cette considération qu'il ne s'explique pas sur le point de savoir si sa solution est applicable aussi bien au cas où l'accepteur se trouve vis-à-vis d'un tiers porteur que lorsqu'il se trouve vis-à-vis du tireur, lui enlève une grande partie de son autorité, relativement à la question particulière qui naît de la position et des droits du tiers porteur.

Je persiste donc à penser que l'exception d'erreur, de violence ou de dol, n'est jamais opposable au tiers porteur de

(1) *Disc.*, 5, n. 19 et 20.
(2) Voy. C. com., art. 121.

bonne foi, par le débiteur d'un effet de commerce, qui s'est engagé par erreur ou qui a été victime du dol ou de la violence (1).

1525. Par les mêmes raisons, si le vice d'un endossement résultant de ce que la signature de l'endosseur lui a été surprise par dol, ou extorquée par la violence, est opposable par l'endosseur à celui qui s'est rendu coupable de violence ou de dol (2), il n'est pas opposable à celui qui est porteur de l'effet, en vertu d'un endossement ultérieur, quand celui-ci est reconnu porteur de bonne foi. C'est ce qui a été jugé, quant au dol, par un arrêt de la Cour de cassation du 6 août 1807 (3).

1526. Tout ce qui précède s'applique, non-seulement aux lettres de change et aux billets à ordre, mais aussi aux autres obligations commerciales qu'il est permis de faire à ordre, tels que les connaissements (4) et les contrats à la grosse (5). Ainsi le porteur d'un connaissement ou d'un contrat à la grosse n'est passible d'aucune des exceptions d'erreur, de violence et de dol qui pouraient être opposées aux porteurs qui le précèdent (6).

1527. Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse, où l'exception d'erreur, de violence ou de dol, au lieu d'être opposée au porteur, est opposée par le porteur même. S'il a été dans l'erreur en recevant l'effet; si le dol et la violence ont été commis sur lui-même, nûl doute qu'il ne puisse y puiser une exception contre son cédant immédiat qui s'en est rendu coupable, et faire prononcer la nullité de l'endossement avec dommages-intérêts sans attendre l'échéance du titre.

Mais si le cédant immédiat était de bonne foi, le cessionnaire pourrait-il faire annuler l'endossement sous le prétexte, soit de l'erreur de l'un des précédents endosseurs, soit du

(1) Cass., 3 fév. 1847, S., 47, 1, 209; M. Alauzet, t. II, n. 785; MM. Bravard et Demangeat, t. III, p. 257 et suiv.

(2) Cass., 14 mars 1842; S., 42, 1, 665.

(3) S., 2, 1, 420; D., 6, 633.

(4) C. com., 281.

(5) C. com., 313.

(6) Cass., 17 août 1859, S., 60, 1, 61.

dol ou de la violence qui auraient été employés pour lui faire recevoir l'effet?

Pour résoudre la question, il faut se faire une idée exacte des droits du porteur d'une obligation à ordre contre les précédents endosseurs. Ces droits consistent uniquement dans l'action en garantie que le porteur non payé à l'échéance par le souscripteur ou l'accepteur de l'effet, peut exercer collectivement ou individuellement contre tous les endosseurs qui le précèdent. Le même droit appartient également à tout endosseur qui, actionné en garantie, a été obligé de rembourser le montant de l'effet (1).

Il suit de là que le porteur qui n'a aucune action pour erreur, dol ou violence contre son endosseur immédiat, quand celui-ci est de bonne foi, et qui n'a d'autre action contre les endosseurs précédents que le recours en garantie qui ne lui est ouvert qu'autant qu'il n'est pas payé à l'échéance par le souscripteur ou par l'accepteur de l'effet, n'a jamais d'intérêt, et par conséquent n'a jamais d'action pour faire annuler l'endossement à raison de l'erreur, du dol ou de la violence dont un des précédents endosseurs aurait été victime; si l'effet est payé à l'échéance par le souscripteur ou l'accepteur, le porteur n'a plus rien à demander ; il en est de même si, l'effet n'étant pas payé, le porteur, sur son action en recours collectif ou individuel contre les endosseurs, est remboursé par l'un d'eux ; et il est manifeste qu'il en doit encore être ainsi, lorsque, tous les endosseurs étant insolvables, le porteur ne peut être remboursé par aucun d'eux, parce que l'action en nullité de l'endossement pour erreur, dol ou violence, ne pourrait tendre à un autre but qu'au remboursement, et que le porteur n'aurait aucun intérêt à demander par cette voie ce qu'il n'a pu obtenir par voie d'action en garantie.

Ce qui vient d'être dit du porteur peut également être dit de chacun des endosseurs, qui, après avoir remboursé le porteur, exercent un recours en garantie contre les endosseurs qui les précèdent : ils n'ont d'autre droit que de se faire rembourser; et quand l'insolvabilité de leurs garants rend ce

(1) C. com., 164.

droit illusoire, ils sont sans intérêt pour faire prononcer la nullité ou la rescision de l'endossement, puisque cette rescision ne ferait que leur donner un nouveau droit au remboursement qu'en fait ils ne peuvent obtenir.

Quant à l'endosseur qui a été victime du dol et de la violence commis par celui qui le précède, lorsque l'effet revient dans ses mains par suite des remboursements successifs, comme il peut avoir souffert un préjudice du dol et de la violence commis envers lui personnellement, il est fondé à en exciper pour obtenir, outre le remboursement qui lui est dû, des dommages-intérêts.

Peu importe, dans tous les cas qui précèdent, que le dol ou la violence aient été commis, non par l'un des endosseurs, mais par le souscripteur de l'effet : à l'égard du porteur, ou des endosseurs qui l'ont remboursé, le souscripteur est assimilé à un endosseur (1).

1528. Cependant il est un cas particulier où le porteur peut demander la nullité, non pas de l'endossement, mais du titre même, à raison du dol pratiqué par le souscripteur lors de la création de l'obligation : c'est lorsqu'il s'agit d'un prêt à la grosse, et qu'il y a eu de la part de l'emprunteur exagération frauduleuse de la valeur des objets sur lesquels l'emprunt est affecté. Aux termes de l'article 316 du Code de commerce, tout emprunt à la grosse fait pour une somme excédant la valeur des objets sur lesquels il est affecté peut être déclaré nul à la demande du prêteur, s'il est prouvé qu'il y a fraude de la part de l'emprunteur. Or, il n'est pas douteux que cette nullité puisse être demandée, non-seulement par le prêteur lui-même, mais aussi par celui à qui il a transmis le billet de grosse par voie d'endossement (2). La raison en est que le contrat à la grosse ouvre au prêteur ou à celui qui le représente, non-seulement une action personnelle à la fin de remboursement de la somme prêtée, mais aussi une action réelle sur les objets affectés au prêt, et que si la fraude de l'emprunteur, en exagérant la valeur de ces

(1) C. com., 164.
(2) Boulay-Paty, sur Émérigon, ch. VI, sect. II.

objets, diminue la garantie qui résulte de cette action réelle, et réduit les droits du prêteur à une action personnelle, le porteur a le même intérêt que le prêteur à faire annuler un contrat que le dol a dépouillé de ses garanties légales ; et cet intérêt est d'autant plus vif que le porteur d'un contrat de prêt à la grosse n'a d'action en garantie contre les endosseurs qui le précèdent, que pour le remboursement du capital prêté et non pour le profit maritime, lequel n'est dû que par l'emprunteur (1), de telle sorte que le porteur est en danger de perte, s'il ne trouve pas chez l'emprunteur toutes les sûretés auxquelles il a droit.

1529. Nous devons faire remarquer ici que tout ce qui précède relativement à la violence ou à l'erreur en matière d'endossement, ne s'applique pas aux faux endossements. Un endossement faux n'est pas translatif de propriété, parce qu'un endossement faux n'est pas à proprement parler un endossement, et ne peut dès lors produire aucun effet, même vis-à-vis du porteur de bonne foi, dès que la fausseté lui en est opposée. Le porteur ne peut donc agir en vertu de cet endossement ni contre le souscripteur, ni contre l'accepteur, ni contre les endosseurs qui précèdent le faux endossement, parce que, vis-à-vis de tous ces coobligés la transmission de propriété s'arrête au faux ordre, et que, en ce qui les concerne, tout ceux qui à partir du faux sont devenus porteurs de l'effet n'en ont jamais été les légitimes propriétaires (2).

Mais il est bien évident que le porteur de bonne foi peut recourir contre les endosseurs qui le précèdent et qui sont postérieurs aux faux, puisque, vis-à-vis de ces derniers, le faux n'est plus qu'une circonstance indifférente, et qu'en ayant profité, soit qu'ils en eussent, soit qu'ils n'en eussent pas connaissance, ils ne peuvent être admis à s'en prévaloir pour conserver la valeur qu'ils ont reçue de celui à qui ils ont transmis les billets à ordre ou la lettre de change.

Toutefois les coobligés antérieurs au faux endossement

(1) C. com., 314.

(2) Cass., 30 mars 1853, S., 53, 1, 470; trib. d'Angers, 20 juin 1853, S., 53, 2, 565; M. Alauzet, t. II, n. 906.

qui ont payé le porteur en l'absence d'une opposition formée par le véritable propriétaire de l'effet au préjudice duquel le faux a été commis (1), n'ont aucune action en répétition contre ce porteur, parce qu'ils étaient obligés de faire honneur à leur signature, et que n'étant exposés à aucune action de la part du véritable propriétaire, ils n'ont rien à réclamer du porteur auquel ils n'ont fait que payer ce qu'ils devaient (2).

1530. Il ne faut pas, du reste, assimiler au faux l'abus de confiance commis par un mandataire qui aurait disposé de l'effet au profit d'un tiers porteur de bonne foi. L'endossement fait par un mandataire infidèle n'en serait pas moins un endossement, et par conséquent serait translatif de propriété : d'où la conséquence qu'aucune exception ne pourrait être opposée de ce chef au porteur de bonne foi (3).

1531. Rappelons, en terminant ce qui est relatif à l'erreur, au dol et à la violence, que la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit : elle donne seulement lieu à une action en nullité ou rescision de la manière et dans les délais qui seront ci-après expliqués (4).

1532. Nous avons déjà dit qu'il y avait un quatrième vice du consentement, participant de l'erreur, la lésion. La lésion consiste dans le préjudice résultant d'une appréciation erronée de la valeur des choses qui font l'objet du contrat. Ses effets dissolvants ne sont admis que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes. En exposant les droits des mineurs (5), nous avons vu comment ils sont restituables pour cause de lésion contre les actes par eux faits. Nous verrons plus tard, en traitant des actions en nullité ou rescision, les cas et les délais dans lesquels l'action en rescision pour cause de lésion peut être exercée (6).

(1) C. com., 149.

(2) M. Locré, t. XVIII, p. 68 ; M. Alauzet, t. II, n. 906 ; Cass., 30 janv. 1850, S., 50, 1, 189.

(3) Voy. Anal. Caen, 19 mars 1846, S., 47, 2, 299 ; Paris, 7 mars 1851, *ibid.*, 52, 2, 38 ; et Cass., 22 juin 1858, *ibid.*, 58, 1, 591.

(4) Voy. *inf.*, ch. v, sect. VII.

(5) T. II, n. 1031, 1053 et suiv.

(6) Voy. *inf.*, ch. v, sect. VII.

SECTION II. — DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES.

SOMMAIRE. — 1533. La capacité est le droit commun. Quelles personnes sont incapables. Renvoi. — 1534. Quelles personnes peuvent attaquer les contrats nuls pour incapacité ?

1533. La seconde des conditions essentielles à la validité des conventions, c'est la capacité des parties contractantes (1).

En principe, toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (2). Les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées, et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrats (3) : tels sont les prodigues et les faillis.

Les règles relatives à ces différentes sortes d'incapacités, envisagées sous le point de vue commercial, le seul qui nous occupe, ont déjà été développées dans le tome II de cet ouvrage.

Nous y avons vu les règles générales qui gouvernent l'incapacité du mineur (4), et les règles particulières qui lui assurent une capacité exceptionnelle quand il est autorisé à faire le commerce (5).

Nous y avons vu comment les femmes mariées se trouvent dominées par le pouvoir marital, sans le concours duquel elles ne peuvent s'obliger, et les droits nouveaux que leur confère l'autorisation de devenir marchandes publiques (6).

Nous y avons vu la position particulière dans laquelle l'interdiction, la dation d'un conseil judiciaire, placent ceux qui en sont atteints (7).

Enfin, nous sommes entré dans des détails très-circonstanciés sur l'état de la faillite, les causes qui le déterminent et les effets qu'il produit relativement à la capacité du commer-

(1) C. civ., 1108.
(2) C. civ., 1123.
(3) C. civ., 1124.
(4) T. II, n. 1026 et suiv., 1066 et suiv.
(5) *Ibid.*, n. 1034 et suiv.
(6) *Ibid.*, n. 1104 et suiv.
(7) *Ibid.*, n. 1091 et suiv.

çant que le malheur, l'inprudence ou l'inconduite a fait tomber dans un précipice où il laisse souvent l'honneur, et où il devrait toujours laisser la fortune (1).

1534. Je ne reviendrai pas ici sur ces différents points. Je me bornerai à rappeler que l'action en nullité pour cause d'incapacité, n'appartient qu'aux incapables dans l'intérêt desquels elle est établie, ou à ceux qui les représentent; jamais aux personnes capables de s'engager qui ont contracté avec un incapable (2). Et même en matière de faillite, le failli n'est pas ordinairement admis à demander la nullité des actes par lui faits malgré son état d'incapacité : généralement ce droit n'appartient qu'à ses créanciers qui le représentent et à qui ces actes préjudicient (3). On doit donc s'informer de la condition de ceux avec qui on contracte ; et de deux choses l'une : ou on connaît leur incapacité, et alors, en traitant avec un incapable, on consent à se lier vis-à-vis d'une personne qu'on sait n'être pas liée; ou on l'ignore, et alors on doit supporter la peine d'une ignorance qui devient une faute. *Qui cum alio contrahit*, dit Ulpien, *vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (4).

Il suit de là que des contrats faits entre un capable et un incapable sont valables relativement au capable qu'ils obligent, et annulables à l'égard de l'incapable tant qu'il ne les a pas ratifiés depuis qu'il a recouvré sa capacité (5).

SECTION III. — DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONTRATS.

SOMMAIRE. — 1535. Ce que c'est que l'objet des contrats. — 1536. Quelles choses peuvent faire l'objet des contrats. Des choses hors du commerce. — 1537. Des assurances et des prêts à la grosse sur la vie ou sur la liberté. — 1538. L'usage et la possession des choses peuvent faire l'objet

(1) T. II, n. 1143 et suiv.

(2) C. civ., 1125.

(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1191; C. com., 598.

(4) L. 19, ff. *De reg. jur.* — De Turri, *De camb.*, disp. 1, quæst. 14, n. 11.

(5) C. civ., 1311. — V. *inf.*, ch. V, sect. VII. — *Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, bligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.* (L. 13, ff. *De act. empt.*)

des contrats. — 1539. Des choses futures. — 1540. Vente des blés en vert, et des laines avant la tonte. — 1541. Des choses futures en matière d'assurance maritime; fret à faire. — 1542..... Profit espéré. — 1543..... Loyers de l'équipage. — 1544..... Profit maritime. — 1545. La clause prohibée seule est nulle, mais la police est valable. — 1546. Usages permettant l'assurance du fret à faire, et du profit espéré. — 1547. Du compromis sur une contestation future. Clause compromissoire. — 1548. Des choses incertaines. — 1549. Des actions des compagnies de chemins de fer et des sociétés en commandite.

1535. Nous avons vu que le contrat est une convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (1); il est manifeste, en effet, qu'il ne peut y avoir de contrat sans un engagement de donner une chose, d'accomplir ou de ne pas accomplir un fait. La *chose* qu'on s'engage à donner; le *fait* qu'on s'engage à faire ou à ne pas faire, constituent ce que l'on appelle l'*objet* ou la *matière* des contrats (2).

1536. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions (3); et par choses qui sont dans le commerce, il faut entendre non-seulement les choses qui peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit, mais encore toutes celles qu'on peut acquérir, se transmettre ou échanger (4). En exposant les lois qui restreignent le commerce des choses (5), et celles qui limitent le droit de propriété (6), nous avons vu quelles choses peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit.

Ici je me bornerai à faire remarquer que les choses qui sont hors le commerce, bien qu'elles ne puissent être l'objet d'un contrat, peuvent cependant en être l'occasion. C'est là une distinction capitale, dont l'exactitude se vérifie souvent en matière commerciale.

1537. Ainsi, bien que la vie et la liberté de l'homme soient hors du commerce, en ce sens qu'on ne peut disposer de sa

(1) V. *sup.*, n. 1433.
(2) C. civ., 1126.
(3) C. civ., 1128.
(4) V. *sup.*, t. I, n. [illegible].
(5) T. II, n. 876 et suiv.
(6) T. II, n. 1398 et suiv.

vie pas plus que de sa liberté, cependant la vie et la liberté peuvent être l'occasion de contrats licites, en ce sens, que la considération de la vie ou de la liberté peut former un des principaux éléments d'une convention.

C'est pourquoi on ne peut prêter à la grosse sur la vie ou la liberté d'un individu qui s'embarque, parce que les choses sur lesquelles se fait un prêt à la grosse sont affectées par privilége au remboursement de la somme prêtée, et que le prêteur ne pourait exercer aucun privilége sur des choses qui, comme la vie et la liberté, sont indisponibles (1) ; tandis que rien n'empêche d'assurer la vie ou la liberté, parce qu'il est possible d'estimer l'utilité relative de la vie ou de la liberté d'un individu, et qu'il est par conséquent licite de s'engager à en payer le prix en cas de mort ou de capture. Dans ce cas, c'est l'utilité de la vie ou de la liberté, et le prix qui la représente qui fait l'objet du contrat, et non la vie ou la liberté qui n'en sont que l'occasion. Il est vrai que cette dernière solution n'a pas toujours été admise, en ce qui touche l'assurance sur la vie, et que l'ordonnance de 1681 (2), tout en permettant aux navigateurs, passagers ou autres de faire assurer la liberté de leurs personnes, défendait de faire aucune assurance sur la vie (3). Cette prohibition, conforme à ce qui était pratiqué depuis longtemps en France (4), en Hollande et dans plusieurs autres pays (5), mais contraire aux usages de Naples, de Florence et d'Angleterre (6), ne subsiste plus aujourd'hui. Le Code de commerce ne l'a pas reproduite ; il a dès lors laissé les assurances sur la vie sous l'empire des principes du droit commun qui, en prohibant les contrats qui auraient la vie pour objet direct, permettent ceux dont la vie n'est que l'occasion : témoin le contrat de rente viagère. Quelles que

(1) Pardessus, n. 893; Favard, *Répert.*, v° *Prêt à la grosse*, § 3, n. 3.

(2) Art. 9 du titre *Des assurances*.

(3) Art. 10, *ibid.*

(4) Guidon, *De la mer*, ch. XVI, art. 5.

(5) Coutumier d'Amsterdam, art. 24; Stypmann, *De jure maritimo*, part. IV, ch. VII, n. 276.

(6) Ord. de Wisbuy, art. 66; Roccus, *Resp. de mercat.*, resp. 23, n. 47 et 74; Scaccia, *De comm.*, § 1, quæst. 1, n. 133; Blackstone, *Lois ang.*, ch. XXX, t. III, p. 377.

soient d'ailleurs les répugnances peu éclairées qu'ait inspiré dans d'autres temps le contrat d'assurance sur la vie, il est aujourd'hui démontré qu'il est aussi conforme aux règles de la morale et de l'économie politique, qu'aux principes généraux de notre législation (1).

1538. Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet d'un contrat (2). C'est ainsi que le commerce consiste dans l'achat de marchandises ou denrées pour être revendues ou même pour en louer simplement l'usage (3).

1539. Les choses futures, comme les choses présentes, peuvent faire l'objet d'une obligation (4). Cela est vrai, surtout en matière commerciale, et principalement dans l'industrie manufacturière, où il arrive tous les jours qu'un fabricant vend des produits non encore fabriqués et qu'il ne possède pas encore, même à l'état de matières premières.

1540. La règle que les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation ou d'un contrat a cependant été soumise quelquefois à certaines exceptions, notamment en ce qui touche la vente des blés en vert et des laines avant la tonte. Mais les lois qui avaient introduit ces exceptions dérogatoires à la liberté du commerce et des conventions sont aujourd'hui abrogées (5).

1541. Une autre exception très-notable à cette règle générale a lieu en matière d'assurances maritimes, suivant l'article 347 du Code de commerce qui porte que le contrat d'assurance est nul s'il a pour objet le fret des marchandises existant à bord du navire; le profit espéré des marchandises; les loyers des gens de mer; enfin les profits maritimes des sommes prêtées à la grosse.

Cette disposition est fondée sur ce principe général, admis de tout temps par la législation française et les auteurs fran-

(1) V. M. Alauzet, *Traité des assurances*, t. II, p. 452; et M. Lemonnier, *Commentaire des principales polices d'assurances*, t. I, préface, p. XCI,

(2) C. civ., 1127.

(3) C. comm., 632.

(4) C. civ., 1130.

(5) Voy. *sup.*, t. II, n. 902 et 903, où je combats les opinions contraires.

çais, qu'il n'y a pas d'assurance valable sans un objet certain actuellement exposé à un risque maritime, et conséquemment qu'il n'y a pas lieu d'assurer ce qui n'existe pas encore, parce que ce qui n'existe pas encore n'est exposé à aucun risque actuel.

Ainsi, le fret est un salaire qu'on paye ou qu'on promet payer au capitaine, à condition qu'il transportera la marchandise ou les passagers au lieu indiqué. Si ce transport n'est pas fait, soit par cas fortuit, soit par la faute du capitaine, le fret n'est pas dû (1). On ne peut donc faire assurer le fret, puisqu'il est incertain s'il sera dû, et que la perte des marchandises ou du navire, qui donne lieu au payement de l'assurance, est précisément une raison pour que le fret ne soit pas dû. L'article 15 du titre *des Assurances*, de l'ordonnance de 1681, conforme à l'article 1er du chapitre xv du *Guidon de la mer* (2), décidait, comme le Code de commerce, que « les propriétaires des navires, ni les maîtres, ne pouvaient faire assurer le fret à faire de leurs bâtiments. »

Mais la disposition qui probibe l'assurance sur le fret ne s'applique qu'au fret *à faire*, et nullement au fret acquis, parce que celui-ci constitue une créance certaine et dont l'existence n'est pas soumise aux éventualités de la navigation. L'article 15 précité de l'ordonnance de 1681, et l'article 6 de la déclaration du 17 août 1779, étaient formels sur ce point. Il est vrai que l'article 347 du Code de commerce ne reproduit pas les termes de l'ordonnance de 1681 et de la déclaration de 1779; mais il a été convenu lors de la discussion du Code de commerce au conseil d'État, que la distinction entre le fret à faire et le fret acquis serait maintenue, et que l'article 347 ne se rapporterait qu'au fret à faire (3).

(1) C. comm., 297, 302.

(2) « Par usance de la Bourse de Rouen, assurancés se font, non-seulement sur marchandises, mais aussi sur les corps des nefs, agrès et apparaux, victuailles à rendre sur certains voyages, et nullement sur le fret. » — Il était statué de même par les Assurances de la Bourse d'Anvers, art. 9, et par le Coutumier d'Amsterdam, art. 11. — V. Cleirac, sur l'art. précité du *Güidon.*

(3) Locré, sur l'art. 347.

Par fret acquis, il faut entendre non-seulement celui qui est dû par l'affréteur après l'arrivée des marchandises, et pour tout ou partie du voyage, antérieurement à l'assurance, mais encore le fret qui, par convention faite entre le propriétaire du navire et le chargeur, doit être payé à tout événement, dans le cas de perte du navire et des marchandises, comme dans le cas d'heureuse arrivée. Le chargeur qui court risque de le perdre en cas de perte du chargement peut donc le faire assurer (1).

1542. Le profit espéré des marchandises chargées est aussi incertain que le fret à faire, puisque ce profit dépend d'une négociation dont l'issue est soumise à toutes les éventualités de l'avenir. Les motifs qui ont fait prohiber l'assurance sur le fret s'appliquent donc avec la même force au profit. L'article 347 du Code de commerce ne fait encore, sur ce point, que reproduire la disposition de l'article 15 de l'ordonnance de 1681. Mais le profit fait et acquis peut devenir l'objet d'une assurance quand il se trouve exposé à un risque maritime. Par exemple, j'ai fait assurer d'entrée et de sortie de la Martinique une cargaison de 50,000 fr.; arrivées à la Martinique, les marchandises y sont vendues avec profit, et ce qui est provenu, chargé en retour, est d'une valeur de 100,000 fr. Il y a là un profit fait et acquis de 50,000 fr. que je puis faire assurer (2).

1543. Les mêmes motifs s'appliquent aux loyers des gens de l'équipage, puisqu'ils ne sont dus qu'en cas d'heureuse arrivée (3). Ils constituent dès lors un profit éventuel, un gain que les gens de mer manquent de faire si le vaisseau périt, plutôt qu'une perte qu'ils courent risque de faire (4). Les loyers ne peuvent donc être assurés. Mais si, avant ou pendant le voyage, les matelots ont reçu des à-compte sur leurs loyers, et si avec

(1) Voy. Émérigon, ch. VIII, sect. VIII; Valin, sur l'art. 15 de l'ordonnance; Pothier, *Des assur.*, n. 36; Boulay-Paty, t. III, p. 378, Pardessus, n. 765.

(2) Pothier, *Des assur.*, n. 37; Valin, sur l'art. 15 de l'ordon.; Emérigon, ch. VIII, sect. IX.

(3) C. com., 258.

(4) Pothier, *ibid.*; Émérigon, *ibid.*, sect. X.

ces à-compte ils ont acheté des marchandises, rien n'empêche qu'ils ne les fassent assurer (1). La raison en est que, n'étant pas tenus de restituer les avances qui leur sont faites sur leurs loyers (2), ces avances constituent un profit fait et acquis, susceptible d'assurance lorsqu'il est exposé aux risques de la navigation.

1544. Enfin, et toujours par la même raison, le profit maritime, c'est-à-dire l'intérêt de mer du prêt à la grosse que l'emprunteur doit payer au prêteur en cas d'heureuse arrivée, étant lui-même une sorte de profit espéré, ne peut faire l'objet d'un contrat d'assurance (3).

1545. Une remarque générale et qui s'applique à tous les cas qui précèdent, c'est que la loi qui prohibe l'assurance des produits futurs et espérés n'annule pas la police dans laquelle se trouve une assurance de cette nature. Elle n'annule que la clause portant sur un objet qui ne peut servir d'aliment à l'assurance (4). C'est en ce sens qu'il a été jugé par la cour de Bordeaux le 20 août 1835 (5), que l'assurance qui comprend tout à la fois la valeur réelle de la marchandise, et le profit espéré de ces marchandises, n'est pas absolument nulle, et qu'elle est seulement réductible à la valeur réelle.

1546. Du reste, le principe sur lequel reposent les solutions qui précèdent n'était pas admis par la plupart des anciennes législations étrangères qui permettaient l'assurance, soit du fret à faire, soit du profit espéré. C'est ce qui avait lieu notamment en Italie (6), en Angleterre, en Hollande, en Portugal (7). Mais aujourd'hui les législations nouvelles se sont toutes modelées sur la loi française, et sauf l'Angleterre, qui a conservé ses anciens usages et la Hollande qui a introduit dans son

(1) Emérigon, *ubi sup.*, sect. X. Règlement d'Amsterdam, art. 11.

(2) C. com., 258.

(3) Pothier, *Des assur.*, n. 32; Emérigon, *ubi sup.*, sect. XI; Valin, sur l'art. 17 de l'ord.

(4) Pardessus, n. 766; Dageville, t. III, p. 127; Pothier, n. 44.

(5) S., 36, 2, 111.

(6) Roccus, *De naulo*, note 31 et 91; Targa, cap. XLII, n. 5; Scaccia, quæst. 1, n. 169.

(7) Santerna, *De assur.*, part. III, n. 40.

Code de commerce une disposition qui permet l'assurance du profit espéré et du fret à faire (1), tous les peuples commerçants sont soumis aux mêmes règles.

Cependant, lors des travaux préparatoires du Code de commerce, plusieurs villes maritimes réclamèrent contre les anciennes prohibitions dont le projet proposait le maintien, et la Cour de cassation elle-même joignit ses réclamations à celles des tribunaux et des conseils de commerce. « C'est aux négociants, disait la Cour de cassation, qu'il appartient de décider si les exceptions proposées sont aussi bonnes aujourd'hui qu'elles l'étaient autrefois. Pourquoi défendre d'assurer une partie du fret à faire par le navire? On pourrait en dire autant du profit espéré des marchandises et du profit maritime des sommes données à la grosse. Toutes ces choses s'assurent en Angleterre; est-il politique d'obliger des Français à rechercher chez l'étranger des assurances qu'ils ne peuvent obtenir en France (2)? »

Il était facile, en droit du moins, de répondre à ces considérations que l'assurance sans objet actuellement mis en risque, mais portant sur une chose future dont l'existence à venir est soumise à un événement incertain, n'est plus une assurance dans le sens que ce mot reçoit en jurisprudence : c'est un jeu ou un pari; c'est la garantie du fait ou de la solvabilité d'un tiers, qui a pour but non pas d'indemniser l'assuré d'une perte, mais de lui garantir un bénéfice. Or, ce n'est pas là ce que se propose le contrat d'assurance maritime. Il protége l'assuré contre les pertes réelles et matérielles que lui causent les risques de la navigation; mais il ne lui garantit pas les bénéfices qu'il espère d'une expédition. Cette garantie constitue un tout autre contrat. Cela peut être une question d'économie politique et d'administration que de savoir si ce contrat doit être permis; mais, assurément, en le prohibant, on ne fait rien de contraire aux principes constitutifs du contrat d'assurance (3).

(1) Art. 593.
(2) Locré, sur l'art. 347.
(3) V. cependant Frémery, *Études de droit com.*, p. 290 et suiv., et Benecke, *Traité du principe d'indemnité en matière d'assurance*, traduit de

Il est probable, d'ailleurs, que les considérations d'utilité et de convenance qui étaient invoquées à l'appui de l'introduction de ce contrat nouveau n'ont pas paru déterminantes aux auteurs du Code de commerce, puisqu'ils ne s'y sont pas arrêtés et qu'ils ont maintenu les anciennes prohibitions. Cependant, dit un des auteurs les plus familiers avec la pratique des assurances (1), en dépit de la défense légale, l'usage commercial admet non-seulement des évaluations convenues qui, du mutuel consentement des parties, comprennent 10 pour 100 environ du profit espéré, mais encore des *polices d'honneur*, par lesquelles on fait assurer tous les jours le fret à faire.

Quelque grave que soit le fait d'un usage qui proteste ainsi contre la loi, il n'en faut pas moins reconnaître qu'il ne saurait prévaloir sur elle. C'est donc avec beaucoup de raison que la Cour de cassation a jugé le 5 juin 1832 que la disposition de l'article 347 du Code de commerce qui défend l'assurance du fret à faire est d'ordre public, qu'on ne peut ni y déroger par des conventions particulières, ni couvrir, par une ratification, la nullité d'une assurance contraire à cette disposition (2). C'est ce qui a été également jugé par un arrêt de la Cour de Rennes du 4 déc. 1862 (3). Il y a aussi dans le même sens deux jugements du tribunal de commerce de Marseille (4) : ce qui prouve que l'usage contraire au Code de commerce n'est pas suivi dans toutes les places maritimes.

1547. Peut-on compromettre sur une contestation future ? En d'autres termes, les parties peuvent-elles, en contractant,

l'anglais par M. Dubernad, t. I, p. 65. — V. aussi le très-remarquable ouvrage de M. de Courcy, *d'une réforme internationale du droit maritime*, p. 107 et suiv.

(1) M. Lemonnier, *Commentaire des principales polices d'assur.*, t. I, n. 114.

(2) S., 32, 1, 321 ; Dall., 32, 1, 255.

(3) S., 63, 2, 178. Cet arrêt rendu sous la présidence de M. le conseiller Boucly, alors premier président de la Cour de Rennes, est motivé avec la force et la netteté qu'on remarque dans toutes les décisions formulées par cet éminent magistrat, soit comme président d'une Cour d'appel, soit comme conseiller à la Cour de cassation.

(4) 8 août 1821, *Journ. de Marseille*, 3, 1, 35 ; et 27 nov. 1855, *ibid.*, 15, 3, 330.

s'engager à soumettre à des arbitres les difficultés futures qui naîtront de l'exécution de la convention? C'est là une question qui se résout difficilement à l'aide des textes seuls. En effet, si d'une part on peut invoquer à l'appui de la validité de cette stipulation connue sous le nom de *clause compromissoire* la liberté des conventions consacrée par les articles 1108 et 1134 du Code civil, l'article 1130, aux termes duquel les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, et l'article 1003 du Code de procédure qui permet à toutes personnes de compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ; on peut invoquer en sens contraire l'article 1006 de ce dernier code qui veut, à peine de nullité, que le compromis désigne les objets en litige et le nom des arbitres, conditions qu'il n'est pas possible de remplir, du moins quant à la désignation de l'objet d'un litige qui n'est pas encore né ; ce qui conduirait à prononcer la nullité de la clause compromissoire, si, d'un autre côté, il n'était pas possible de dire que l'article 1006 du Code de procédure se place après la naissance de la contestation et au moment de la rédaction du compromis qui sert de base à la procédure qui va s'engager ; tandis que la promesse de compromettre est un acte qui précède le compromis et qui ne le constitue pas, puisqu'il ne contient qu'une soumission anticipée à la juridiction arbitrale, et qu'il rentre dès lors dans le domaine des conventions ordinaires uniquement régies par les principes sur la capacité des parties et sur la matière des contrats (1). Ces divers arguments laisseraient donc la question indécise si les principes du droit public ne venaient pas la résoudre. Or, il me paraît non douteux que le législateur, en permettant aux parties de se soustraire par la voie de l'arbitrage à la juridiction des tribunaux ordinaires, n'a pas entendu leur accorder une faculté générale et indéfinie; qu'en les autorisant, dans un cas donné et à l'occasion d'un litige déjà né, à soumettre la contestation à des arbitres, il ne les a pas autorisées à répudier d'avance et pour toutes les contestations futures qui naîtraient dans un certain ordre d'idées ou

(1) Voy. les conclusions de M. Hello, lors de l'arrêt du 10 juillet 1843, cité plus bas.

de faits, les tribunaux qui représentent la justice du pays, et qui sont les juges forcés et nécessaires des citoyens dans tous les cas où la loi n'a pas expressément permis de recourir à d'autres juges. Et, si la loi l'a permis dans le cas où il s'agit d'un litige déjà né, l'ordre public s'oppose à ce que les parties renoncent d'avance aux garanties de la justice ordinaire, et constituent des juges éventuels, une organisation judiciaire privée, et parallèle en quelque sorte à l'organisation publique. Sans doute il est permis à chacun de ne pas plaider, de transiger sur une difficulté actuelle, et d'en remettre la décision à un tiers ou à un arbitre; mais personne ne peut s'engager à ne pas plaider sur des difficultés éventuelles et inconnues, renoncer d'avance à un droit qui n'est pas encore né, et conséquemment confier à des arbitres la décision de ce droit futur et inconnu. C'est en ce sens que la question a été jugée par deux arrêts de la Cour de cassation en date des 10 juillet 1843 et 2 décembre 1844 (1), qui ont définitivement fixé la jurisprudence (2).

Cependant MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur *Traité du contrat de commission* (3), décident que la clause compromissoire est obligatoire en matière commerciale, et que la question n'est controversable qu'en droit civil. Ils vont même jusqu'à dire que l'arrêt précité, du 10 juillet 1843, a soin de faire entendre que la solution qu'il renferme ne concerne que les matières civiles. J'avoue qu'à moins de repousser systématiquement toute application aux matières commerciales des principes généraux du droit civil, je ne vois aucune raison particulière qui puisse autoriser l'introduction dans le droit commercial de la clause compromissoire que rejette le droit civil. Il y a plus : c'est que tous les motifs qui concourent à l'annulation de la clause compromissoire dans les matières civiles sont également applicables dans les matières commer-

(1) S., 42, 1, 51, et 45, 1, 79. — Voy. encore, en ce sens, Colmar 28 nov. 1849, S., 51, 2, 331, et Bordeaux, 28 août 1851, *ibid.*, 52, 2, 15.

(2) J'avais adopté l'opinion contraire que j'ai cru devoir abandonner après un plus mûr examen. Voy. le *Dict. du contentieux commercial*, v° *Compromis*, n. 67.

(3) Tome III, p. 357.

ciales. Si les juridictions sont d'ordre public, ce caractère éminent ne peut pas plus les abandonner dans un cas que dans l'autre. Quant à la distinction qui serait indiquée par l'arrêt de 1843 entre les matières civiles et les matières commerciales, il m'est impossible de l'y apercevoir. Rien de plus général que les termes de cet arrêt. Il ne parle des matières commerciales que pour mentionner l'exception qui était faite relativement aux sociétés de commerce au principe d'ordre public sur lequel reposent les juridictions ; mais il est bien évident que de cette exception, qui consistait dans l'introduction de l'arbitrage forcé (1), on ne peut conclure que l'arbitrage volontaire soit soumis, en matière commerciale, à d'autres règles qu'à celles qui le gouvernent en matière civile.

Il est à remarquer, au surplus, que la nullité de la clause compromissoire est couverte si les parties procèdent sans réclamation devant les arbitres qui ont été nommés par suite de cette clause (2).

1548. Quelle que soit la chose qui fait l'objet de l'obligation, présente ou future, elle doit être certaine ; c'est-à-dire qu'il faut qu'elle soit déterminée du moins quant à son espèce. Quant à la quantité, peu importe qu'elle soit incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée (3). Mais il y a nullité si l'incertitude sur la quantité constitue une incertitude sur l'objet. Nous en avons vu un exemple en traitant de l'accord des parties sur l'objet du consentement (4).

1549. Les articles 8, 10 et 13 de la loi du 15 juillet 1845 et la loi du 10 juin 1853, sur les chemins de fer, contiennent une prohibition particulière relative aux récépissés de souscription d'actions, ou promesses d'actions dans des compagnies de chemin de fer, qui a pour résultat de les mettre sous certains rapports hors du commerce. D'après ces dispositions qui avaient pour but de mettre un terme à certains abus, les récépissés de souscription ne sont point négociables, et les

(1) Aujourd'hui supprimé. Loi du 17 juill. 1856.
(2) Cass., 3 janv. 1844, S., 44, 1, 337.
(3) C. civ., 1129.
(4) Voy. *sup.*, n. 1456.

promesses d'actions ne peuvent être négociées avant la constitution de la société. Cette prohibition, qui du reste ne fait aucun obstacle aux ventes et cessions ordinaires, n'atteint que les négociations commerciales. Mais elle atteint toutes les négociations commerciales, quelle que soit leur forme, et non pas seulement celles qui seraient faites par voie d'endossement. Ainsi la vente de promesses d'actions de chemin de fer faite à la bourse ou dans les coulisses de la bourse est nulle (1).

La nullité de la négociation s'étend même aux conventions accessoires qui en seraient la garantie, par exemple, au nantissement qui serait intervenu à l'occasion d'une négociation de cette nature, et qui par l'effet de cette nullité devient immédiatement restituable (2).

Toutefois il a été jugé que la nullité de la négociation de promesses d'actions de chemin de fer est couverte par la ratification des parties donnée postérieurement à l'émission régulière des actions (3).

L'art. 3 de la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite contenait une disposition analogue qui déclarait que les actions ou coupons d'actions dans les sociétés en commandite ne sont négociables qu'après le versement des deux cinquièmes (4). La loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite a été abrogée par la loi plus générale du 24 juillet 1867, sur les sociétés commerciales, mais l'art. 2 de cette dernière loi a reproduit la prohibition prononcée par la loi du 17 juillet 1856, en ne permettant la négociation des actions ou coupons d'action qu'après le versement du quart (5).

(1) Cass., 12 août 1851, S., 51, 1, 650.

(2) Paris, 14 mars 1849, S., 50, 2, 316; Cass., 21 fév. 1853 et 17 juillet 1854, *ibid.*, 54, 1, 305 et 561.

(3) Paris, 5 déc. 1849, S., 50, 2, 661.

(4) Antérieurement à cette loi, il avait été jugé par la cour de Lyon le 29 mai 1849, S., 50, 2, 561, que les dispositions de la loi du 15 juillet 1845, prohibitives de la négociation des promesses d'actions de chemin de fer, ne s'étendaient pas aux autres actions industrielles ou commerciales.

(5) V. le commentaire de cette dernière loi, par MM. Mathieu et Bourguignat, p. 22.

SECTION IV. — DE LA CAUSE.

SOMMAIRE. — 1550. Il n'y a pas d'obligation sans cause; relation de la cause à l'objet. — 1551. L'obligation sans cause n'est, à proprement parler, qu'une obligation sur une fausse cause. — 1552. Exemples puisés dans le contrat d'assurance et le prêt à la grosse; fausse évaluation. — 1553. De la perte de la chose mise en risque depuis le contrat, mais avant le commencement du risque. — 1554. De la perte de la chose avant le contrat. — 1555..... En matière d'assurances terrestres. — 1556..... En matière de prêt à la grosse. — 1557. Du cas où le prêteur à la grosse s'est fait souscrire par l'emprunteur une lettre de change pour remboursement de la somme prêtée, nonobstant la perte. — 1558. L'assurance d'objets déjà assurés est nulle comme sans cause. — 1558 *bis*. Conséquence. — 1558 *ter*. Assurances étrangères. — 1559. De la cession d'un brevet accordé pour une invention non brevetable. — 1560. De la supposition d'une cause fausse; à qui incombe la preuve de la fausseté de la cause exprimée; indivisibilité de l'aveu sur la fausseté de la cause. — 1561. Quand peut-on être admis à prouver la fausseté de la cause exprimée? Renvoi. — 1562. Le défaut de cause peut être allégué et prouvé aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile. — 1563. *Quid*, en matière de lettres de change? — 1564. En matière d'obligations à ordre, le défaut de cause ne peut être opposé au tiers porteur. — 1565. Peut-il être opposé par l'accepteur d'une lettre de change? — 1566. L'expression d'une fausse cause n'annule pas l'obligation qui a d'ailleurs une cause véritable. Exemples: papier de circulation; billets donnés pour sûreté d'un crédit ouvert; lettre de change tirée au profit d'un prête-nom du véritable preneur. — 1567. La condition tient-elle lieu de cause? — 1568. De la cause non exprimée et de sa preuve.... dans les contrats synallagmatiques.... dans les obligations unilatérales. — 1569. En matière civile. — 1569 *bis*. En matière commerciale. — 1570. L'accepteur d'une lettre de change est-il admis à prouver que son acceptation n'a pas de cause? — 1571. Nécessité d'exprimer la cause dans les lettres de change, les billets à ordre et les endossements. — 1572. On ne peut suppléer par aucune preuve au défaut d'expression de la cause ou de la valeur dans les lettres de change et les billets à ordre. — 1573. De l'endossement des lettres de change ou billets à ordre qui n'énoncent pas la valeur fournie. — 1574. De l'expression de la valeur fournie dans les endossements. — 1575. De l'expression de la cause dans les billets au porteur. — 1576. De la cause illicite.

1550. De même qu'il n'y a pas de contrat ou d'obligation sans objet, de même aussi, il n'y a pas d'obligation sans cause. *Cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem* (1).

(1) L. 7, § 4, ff. *De pactis*.

La cause d'une obligation est corrélative à son objet,]
qu'on ne contracte que pour acquérir, aliéner, donne
faire la chose qui est l'objet du contrat. Ainsi, dans la v
l'objet du contrat est la chose vendue, et la cause est, c
part, l'intention d'acquérir cette chose, et, d'autre part,
de l'aliéner.

Il suit de là qu'une obligation sans objet est une oblig
sans cause.

Aux termes de l'article 1131 du Code civil, l'oblig
sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illi
ne peut avoir aucun effet.

Cette disposition a besoin d'explications.

1551. Quand le Code parle d'obligation sans cause,
suppose pas que des contractants puissent avoir l'inte
de s'obliger sciemment sans cause. Dans l'esprit des con
tants, ou du moins de l'un des contractants, toute oblig
a une cause. Mais, ou cette cause qu'on croyait e
n'existe pas, ou cette cause qui existait au moment du
trat cesse d'exister; de telle sorte qu'en réalité l'oblig
sans cause n'est, à proprement parler, qu'une obligatio
une fausse cause (1).

1552. Par exemple, croyant que vos marchandises cha
sur tel navire valent 50,000, je vous les assure pour
somme, ou je vous prête à la grosse cette somme sur vos
chandises, tandis qu'en réalité elles ne valent 10,000,
surance et le prêt à la grosse sont nuls par défaut de c
pour tout ce qui excède la valeur réelle des marchandise

1553. Il en est de même si la chose mise en risque, et
vant d'aliment, soit à l'assurance, soit au prêt à la gr
vient à périr depuis le contrat, et avant le temps fixé po
commencement du risque : l'assurance et le prêt devien
sans cause, parce que le risque qui est la cause du co
cesse d'exister (3).

(1) Pothier, *Des obligations*, n. 42.

(2) Voy. *sup.*, n. 1489. — Ansaldus, *Disc.* 70, n. 23 et suiv.; C. co
357, 358.

(3) C. comm., 328, 341.

1334. Mais en est-il ainsi, si la chose a péri avant le contrat d'assurance? « A s'en tenir aux seules règles du droit naturel, dit Pothier (1), lorsque les choses que quelqu'un a fait assurer n'existaient plus lors du contrat, et étaient déjà péries, quoique la partie fût de bonne foi et qu'elle en ignorât la perte, le contrat devrait être nul, faute d'une chose qui en ait été la matière; de même que le contrat de vente est nul, lorsque la chose vendue n'existait plus au temps du contrat, quoique les parties l'ignorassent (2). » En effet, il est de l'essence du contrat d'assurance, qu'il y ait une chose en risque, comme il est de l'essence du contrat de vente, qu'il y ait une chose à vendre, et quand cette chose manque, le contrat manque d'objet et par conséquent de cause.

Cependant, le droit civil (pour me servir des expressions de Pothier) a ajouté sur ce point au droit naturel. L'article 365 du Code de commerce, conforme à l'article 38 du titre *des assurances* de l'ordonnance 1681, porte que toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés, et par conséquent, après l'expiration du risque, est nulle s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat, l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés; d'où il faut conclure, que si l'assurance a été faite de bonne foi, et dans l'ignorance de la perte ou de l'arrivée, elle est valable.

Que cette disposition soit utile en elle-même, et puisse être justifiée par cette utilité, c'est ce que je suis tout disposé à admettre, et c'est ce qui me paraît résulter des lois et des usages maritimes, qui, en tout temps et en tout pays, ont maintenu, d'une manière à peu près uniforme, l'assurance faite de bonne foi, après la perte ou l'arrivée des objets assurés. Telle était la disposition du chapitre 337 du règlement de Barcelone, faisant suite au consulat de la mer; du statut de Gênes (3); de l'article 20 du règlement d'Amsterdam et du chapitre 4 du Guidon de la mer. L'article 4 du règlement

(1) *Des assurances*, n. 11.
(2) L. 15 et 57, ff. *De contrah. empt.*
(3) Cité par Casaregis, *Disc.* 115, n. 6.

d'Anvers contenait cependant une règle contraire. Il voulait que « la souscription de l'assurance précédât le hasard ; » et l'article 5 obligeait les assurés « à vérifier et faire apparoir par acte authentique ou judiciaire, que le navire était encore en état, lors du jour de l'assurance. »

Mais ce qu'il me semble impossible d'admettre, c'est que cette disposition soit conforme aux principes généraux du droit, et particulièrement aux principes particuliers du contrat d'assurance. Aussi, les anciennes lois et les anciens usages qui s'étaient introduits à cet égard, ont-ils été combattus, sous ce rapport, par un grand nombre d'auteurs notamment par Kuricke (1), par Loccenius (2) et par Marquardus (3); et la Rote de Gênes, dans un pays où la loi locale permettait l'assurance d'une chose déjà perdue, quand cette perte était ignorée, bien que forcée d'appliquer cette loi (4), n'hésitait pas à déclarer qu'en elle-même sa disposition était contraire aux principes : *Quemadmodum venditio rei quæ jam perierat, non valet ità etiam assecuratio facta non tenet, si tempore promissionis jam navis erat capta, etiam si assecuratus notitiam non habuisset, cùm dicti assecuratores susceperint in se periculum futurum et non præteritum* (5). Et parmi ceux qui approuvent ces lois et ces usages, les uns, comme Ansaldus (6) et Casaregis (7), se bornent à énoncer les autorités auxquelles ils se réfèrent, tandis que d'autres ne peuvent s'empêcher d'exprimer leurs scrupules. Tel est Scaccia, qui, voyant dans l'assurance la vente d'un risque, *emptio venditio periculi*, est porté à décider que l'assurance est nulle s'il n'y a pas de risque, de même qu'une vente est nulle si la chose vendue n'existe pas : *Emptio venditio rei in rerum naturâ non existentis, non tenet* (8).

Cependant il en est d'autres, surtout parmi les modernes,

(1) *De assecur.*, p. 322.
(2) *De jure maritimo*, lib. II, cap. v, n. 4.
(3) *De jure mercat.*, lib. II, cap. XIII, n. 28.
(4) Décis. 42, n. 8.
(5) Décis. 36, n. 10.
(6) *Disc.* 12, n. 20.
(7) *Disc.* 1, n. 13 et suiv.
(8) *De comm. et camb.*, p. 223, n. 19 et suiv.

qui ont cherché à justifier cette disposition sous le rapport du droit, en considérant l'assurance comme un contrat conditionnel, en ce sens que l'obligation de l'assureur est soumise à la condition de l'événement du risque, et en soutenant qu'il importe peu que cette condition se réalise avant ou après le contrat; les uns, se fondant sur l'opinion de Cujas, qui permet de faire dépendre la condition d'un fait passé aussi bien que d'un fait futur (1) ; les autres, invoquant l'article 1181 du Code civil, d'après lequel la condition suspensive peut dépendre d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties (2).

Cette explication n'est pas heureuse. Si l'assurance est un contrat conditionnel, en ce sens que l'assureur est soumis à l'événement du risque, qui devient ainsi la condition du payement de l'assurance, ce n'est pas un contrat conditionnel dans le sens de l'article 1168 du Code civil, qui ne donne cette qualification qu'aux contrats ou obligations qui dépendent d'un événement futur et incertain, et qui n'ont d'effet entre les parties, qu'autant que l'événément se réalise. C'est de ces contrats qu'il est vrai de dire, que la condition peut consister dans un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties, parce que, considéré comme simple condition, l'événement arrivé, mais inconnu, n'existe pas. En voici un exemple qui s'applique au contrat d'assurance lui-même. Je consens à vous assurer le navire que vous allez expédier, si un autre navire que j'ai précédemment assuré arrive heureusement. Il est manifeste que, dans cette hypothèse, il est indifférent que l'heureuse arrivée dont je fais la condition de mon engagement soit antérieure ou postérieure au contrat, pourvu qu'elle ait été ignorée des contractants, parce que la condition ne sera réputée s'être réalisée que du jour où l'arrivée aura été connue. C'est à des hypothèses analogues que s'appliquent l'article 1181 et l'opinion de Cujas, qui d'ailleurs

(1) *Illa quæ confertur in præsens vel præteritum dicitur quasi conditio, vel quasi conditionalis stipulatio.* Sur la loi 39, ff. *De rebus creditis.* — V. Émérigon, *Des assur.*, ch. xv, sect. II, et Boulay-Paty sur Émérigon, t. II, p. 15. — V. cependant M. Alauzet, t. III, n. 1483.

(2) M. E. Vincens, *Législ. comm.*, t. III, p. 254.

ne considère pas la condition se rapportant au passé comme une condition proprement dite, mais comme une quasi-condition (1). Mais on ne peut considérer comme une condition, dans le sens des articles 1168 et suivants du Code civil, les conditions essentielles aux contrats : quand ces conditions se rencontrent, le contrat est valable ; quand elles font défaut, le contrat est nul. Or, comme le risque est de l'essence du contrat d'assurance, il n'y a pas d'assurance quand le risque n'existe pas ; et dans l'exactitude des principes une assurance faite après la perte ou l'heureuse arrivée de la chose assurée devrait être considérée comme non avenue, quoique cette circonstance eût été ignorée des parties, parce que leur opinion sur le risque ne fait pas que le risque existe quand en réalité il n'existe pas.

Je préfère le motif donné par Scaccia à l'appui de son opinion sur la validité de l'assurance faite après l'événement du risque : *Moveor hâc unicâ ratione quia assecuratio et sponsio in substantiâ conveniunt ; sed sponsio fieri potest de re incertâ et dubiâ, tam si sit de re dubiâ futurâ, quam si sit de re dubiâ præsenti et præteritâ ; et ratio est evidens, quia sponsio est species ludi.....* (2). Cette explication restitue à l'assurance qui a lieu après la perte ou l'arrivée son véritable caractère qui est d'être un jeu ou une gageure, *sponsio*. Mais comme l'assurance par forme de gageure n'est pas admise dans notre droit (3), il faut nécessairement reconnaître que l'article 365 renferme une dérogation, soit aux principes particuliers de l'assurance telle qu'elle est pratiquée en France (4), soit aux principes géné-

(1) Voy. Pothier, *Des obligations*, n. 202.

(2) *De comm. et camb.*, p. 223, n. 19 et suiv.

(3) Voy. *sup.*, n. 1546.

(4) Les anciens auteurs, Casaregis (*Disc.* 7, n. 5), le cardinal de Luca, distinguent très-bien l'assurance proprement dite, de l'assurance qui n'en a que le nom et qui n'est qu'une gageure : *Prima assecurationis species*, dit de Luca (*De credito, disc.* 111, n. 4 et 5), *est illa ubi agitur de assecuratione mercium quæ navigationis periculo exponuntur, et consequenter necessaria est probatio onerationis ac existentiæ mercium in navi de tempore naufragii, vel periculi... Altera est species assecurationis quæ in solo vocabulo talis dici solet : in effectu autem non est talis.* — On ne connaît, en France, dit Émérigon, que l'assurance proprement dite... (Ch. 1, § 2.)

raux du droit qui n'admettent pas d'obligation sans objet et sans cause ; dérogation qui peut se justifier d'ailleurs par la faveur due au contrat d'assurance qui ne pourrait être fait avec certitude qu'avant le départ, et jamais pendant le voyage s'il devait être considéré comme nul, toutes les fois qu'il serait postérieur à l'événement (1).

1555. Il suit de là, que l'article 365 doit être restreint au cas spécial qu'il prévoit, et qu'on ne pourrait en appliquer la disposition par voie d'analogie en matière d'assurances terrestres. Quelle que fût la bonne foi des parties, un contrat d'assurances terrestres sur des objets qui auraient cessé d'exister serait radicalement nul (2).

1556. De même en matière de prêt à la grosse, le contrat serait nul pour défaut de risque et comme manquant de cause et d'objet, s'il était fait sur des choses déjà perdues ou heureusement arrivées, bien que la cessation du risque fût ignorée par les parties. Émérigon va même jusqu'à soutenir que le prêt à la grosse ne peut être fait après le commencement des risques (3) ; mais c'est là une question dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

1557. Par la même raison, le contrat est nul comme contrat de prêt à la grosse, lorsque le prêteur s'est fait souscrire par l'emprunteur une lettre de change pour le payement de la somme prêtée, en cas de perte du navire. Le prêteur ne courant alors aucun risque, l'emprunteur est libéré par le payement de la lettre de change qu'il a souscrite, sans être tenu de payer le profit maritime qui, étant le prix du risque, n'a plus de cause quand il n'y a pas de risque (4).

1558. C'est encore par application du même principe, qu'on ne peut faire assurer une chose dont l'entière valeur à déjà fait l'objet d'une assurance antérieure, parce que le risque étant garanti par la première assurance, la seconde est sans

(1) M. Locré, sur l'art. 365, C. com. — V. sur la présomption établie par l'art. 365, C. com., l'ouvrage déjà cité de M. de Courcy, p. 135 et suiv.

(2) M. Quénault, *Tr. des assur. terr.*, n. 20 ; MM. Grün et Joliat, n. 131 ; M. E. Persil, n. 27.

(3) *Des contrats à la grosse*, ch. v, sect. III.

(4) Bordeaux, 5 fév. 1839, S., 39, 2, 370.

cause. C'est ce qu'il résulte de l'article 359 du Code de commerce, aux termes duquel s'il existe plusieurs contrats d'assurance faits sur le même chargement, et que le premier contrat assure l'entière valeur des effets chargés, il subsiste seul. Il a cependant été jugé que lorsque, dans l'ignorance d'une première assurance existant sur des marchandises, une seconde assurance a été consentie par des assureurs différents, si la première est ultérieurement résiliée de bonne foi par les parties et avant la nouvelle du sinistre éprouvé par la marchandise, cette seconde assurance est valable et doit seule répondre du sinistre (1).

1558 *bis*. Un auteur très-versé dans la matière des assurances et qui a examiné quelques-unes des questions qui s'y rattachent avec une sagacité pratique des plus remarquables, va même jusqu'à penser que lorsqu'il y a sur les mêmes effets deux assurances successives, l'assuré peut, en certains cas, avoir le droit d'opter entre les deux assurances, et s'en tenir à l'assurance postérieure en date, sauf recours du second assureur contre le premier.

« Je suppose, dit M. de Courcy (2), que je sois filateur à Rouen ou en Alsace : j'ai donné des ordres d'achat de cotons à la Nouvelle-Orléans. Je n'ai pas parlé de les faire assurer, m'étant réservé ce soin, ou même j'ai annoncé que je me le réservais. Et, en effet, dès les premiers avis d'achats effectués, je fais assurer les cotons que j'attends, par les meilleures compagnies d'assurances de France, celles dont la solidité est la plus incontestable ; je les choisis comme telles, je paye la prime qu'elles me demandent, et, cela fait, je dors tranquille, croyant n'avoir négligé aucune précaution. Le navire se perd, et alors il se découvre que l'expéditeur de la Nouvelle-Orléans, sans mes ordres ou contre mes ordres, avait lui-même fait assurer mes cotons pour la garantie de ses tirages, et que la police américaine est antérieure en date. — Mes assureurs français seront-ils dégagés par ce fait ? Oui, selon la lettre expresse de l'article 359. Il faudra donc que,

(1) Bordeaux, 18 avril 1839, S., 41, 2, 138.

(2) *D'une réforme du droit internat. marit.*, p. 127 et suiv.

privé du bénéfice du contrat que j'ai voulu faire, j'aille réclamer le bénéfice du contrat fait contre mes intentions, discuter des assureurs américains peut-être insolvables, ou qui me payeront en papier perdant 50 pour 100 au change. La conséquence pourra être tout simplement que je serai ruiné. La situation est cruelle. — Pourtant la police américaine est évidemment valable. Le chargeur des cotons, qui se remboursait de leur coût par ses traites, avait certainement qualité pour les faire assurer. Si le navire avait brûlé au port ou en descendant le fleuve, la police américaine en courait seule tous les risques, et aurait peut-être remboursé la perte avant même que j'en fusse informé. — La solution de cette difficulté me paraît être que les deux assurances sont valables et que les deux primes sont dues. Par qui? C'est une autre question. Je pourrai, suivant les circonstances, être autorisé à rejeter du crédit de l'expéditeur, à lui laisser pour compte la prime de l'assurance qu'il a voulu contracter malgré mes ordres, pour sa propre garantie plutôt que pour la mienne. Les tribunaux apprécieront, en cas de discussion, s'il a excédé à mon égard les droits d'un *negotiorum gestor*. Mais ce débat entre nous est étranger aux assureurs qui, de part et d'autre, ont valablement contracté, les uns avec l'expéditeur, les autres avec le propriétaire de la marchandise. — Je pourrai donc en cas de perte choisir entre les deux polices. Si je m'adresse à mes assureurs de France, j'aurai à leur céder tous les droits de la police antérieure, qu'ils feront valoir à leurs risques et périls et qui constitueront pour eux un sauvetage, car je ne peux pas avoir la prétention de recevoir deux fois. Si je préfère discuter d'abord moi-même la police antérieure, je n'aurai de recours contre mes assureurs de France que pour ce qui manquerait à mon remboursement, soit à raison d'insolvabilité des premiers assureurs, soit à raison des différences de conditions, d'évaluation ou de change. Il a été payé deux primes; j'ai droit à profiter des deux contrats, jusqu'à concurrence de l'indemnité complète de la perte. — Cette solution est contraire à la lettre de la législation française, mais elle ne lèse aucun

principe, et j'ajouterai qu'elle ne lèse aucun intérêt légitim Elle sauvegarde plutôt tous les intérêts..... »

Quelle qu'ingénieuse que soit cette opinion, M. de Cour reconnaît qu'elle est contraire au texte de l'article 359, nous croyons difficile de la faire concorder avec le princi qu'il n'y a pas d'assurance valable sans aliment qui serve cause au contrat, et l'assurance n'a pas d'aliment quand l effets qui en font l'objet sont déjà couverts par une ass rance antérieure.

1558 *ter*. Il y a d'ailleurs en cette matière entre la légi lation française et les législations étrangères une diversité q peut donner lieu à certaines difficultés.

Ainsi tandis que, aux termes de l'art. 359 du Code de co merce, s'il existe plusieurs contrats d'assurances faits s le même changement, et que le premier contrat assure l'e tière valeur des effets chargés, il subsiste seul, suivant législation de l'Angleterre et des États-Unis, les divers ass reurs concourent au prorata à la perte, sans aucun éga pour l'ordre des dates. Or, que doit-on décider si, comme arrive souvent pour des marchandises expédiées des po de l'Inde ou des États-Unis, ces marchandises sont assuré par deux contrats, l'un passé sous le régime de la loi anglai ou américaine, et l'autre sous le régime de la loi française?

Si la police française est antérieure en date, il n'y a pas difficulté, elle est valable et reçoit son entière exécution.

Mais, si la police française est postérieure en date, produi elle effet, et quel effet doit-elle produire? La difficulté pr vient de ce que la police anglaise ou américaine antérieu étant valable, mais ne devant concourir à la perte qu'au pr rata, l'assuré n'aura droit, en vertu de cette police, qu'à moitié de la perte. Peut-il alors se retourner contre l'assure français et se fondant sur ce que la valeur des effets charg ne se trouve assurée que pour moitié, et lui demander payement de l'assurance jusqu'à concurrence de la moitié q n'était pas couverte par la police étrangère? M. de Courcy (se prononce pour l'affirmative. La police anglaise, dit-i

(1) *Loc. cit.*, p. 124 et suiv.

ayant été réduite à moitié, n'est valable que pour moitié. Il n'y a donc plus en réalité de police antérieure assurant l'entière valeur des effets chargés. Il n'y a qu'une police en assurant la moitié. Par conséquent, la police française est valable pour l'autre moitié.

Cette opinion que l'homme très-compétent que je viens de citer n'émet qu'avec une certaine hésitation, me semble incontestable. La police étrangère n'assure l'entière valeur des effets chargés qu'autant qu'il n'intervient pas une police postérieure qui a pour effet de la réduire de plein droit à une contribution au prorata. La police française doit donc valoir pour tout ce qui dans la valeur des effets assurés se trouve mis à découvert par son intervention. Elle n'est donc pas sans cause, et ne peut être atteinte par la disposition de l'article 359 du Code de commerce.

1559. On trouve encore un exemple d'un contrat nul pour défaut de cause dans la cession faite d'un brevet d'invention accordé pour une découverte non susceptible d'être brevetée, parce qu'elle ne constituait pas une invention proprement dite (1).

Comme on le voit, dans tous les cas qui précèdent, le contrat a une cause apparente; mais cette cause apparente n'étant pas réelle, le contrat manque d'une condition substantielle et est radicalement nul.

1560. La cause peut être fausse, soit parce qu'il y a eu erreur des parties ou de l'une d'elles, soit parce que volontairement ou par fraude, on a supposé une cause qui n'existe pas. C'est au débiteur qui prétend que la cause exprimée dans l'acte n'existe pas à prouver son allégation : l'acte fait preuve en faveur du créancier. Mais une fois que la fausseté de la cause est prouvée, c'est au créancier à prouver que la cause fausse cache une cause réelle. Toutefois, quand la preuve de la fausseté de la cause ne résulte que de l'aveu du créancier, qui soutient en même temps que l'obligation a d'ailleurs une cause réelle et licite, son aveu est indivisible, et la cause par

(1) Cass., 22 août 1844; *ibid.*, 44, 1, 831, et 15 juill. 1858, S., 59, 1, 296.

lui articulée est réputée sincère. C'est ce qui a été jugé avec raison par la cour de Paris, le 11 novembre 1834, dans une espèce où il s'agissait de la cause d'une lettre de change (1)

1561. Du reste, la preuve par témoins du défaut de cause ne peut être reçue, lorsqu'elle est dirigée contre la teneur d'un acte, que dans le cas où il est permis de prouver contre et outre le contenu aux actes. Nous reviendrons plus tard sur cette question fort délicate que nous ne pourrions examiner ici sous le rapport de la cause, sans entreprendre sur une matière qui a besoin d'être expliquée dans son ensemble (2) Remarquons toutefois dès à présent que l'expression d'une cause fausse dans un acte est le plus ordinairement un fait de fraude, ce qui peut autoriser l'admission de la preuve testimoniale ou des présomptions à l'aide desquelles le débiteur voudrait établir le défaut de cause (3).

1562. Le défaut de cause ou la fausseté de la cause peut d'ailleurs être allégué et prouvé aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile. C'est là un point aujourd'hui hors de doute, mais autrefois controversé entre les docteurs qui se demandaient si, en matière de promesses ou de billets le marchand débiteur pouvait exciper de la non-réception de la valeur exprimée dans le billet : *An exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat inter mercatores.* Ansaldus se prononçait pour la négative en invoquant de nombreuses autorités. *Quod cùm agebatur de puris negotiationibus, hinc propter publicam fidem ejusdemque commercii libertatem, sola confessio de recepto exuberaret, ita ut admissum appareat quod nec inter campsores sit allegabilis exceptio non numeratæ pecuniæ* (4). Telle était aussi l'opinion de Casaregis (5). Mais Straccha adoptait l'opinion contraire en appelant à son aide un grand concours d'autorités, et en se fondant, avec plus de raison qu'Ansaldus sur la bonne foi et sur l'intérêt du commerce : *Et magis hanc exceptionem mercatoribus quam aliis concedendam admonet expe*

(1) S., 35, 2, 167.
(2) Voy. *inf.*, ch. VI, sect. II.
(3) C. civ., 1348.
(4) *Disc.* 25, n. 37.
(5) *Disc.* 48, n. 8.

rientia atque consuetudo. Videmus enim quotidiè mercatores fidem alterius sequi, et se pecunias mutuas recepisse sub spe futuræ numerationis fateri. Quare (ni fallor) nil proponitur, quin et mercatoribus atque in mercatorum curiâ exceptio non numeratæ pecuniæ competat atque objici possit (1).

1563. C'est surtout en matière de lettres de change que la question avait été agitée. Casaregis distinguait sur ce point, entre le cas où la lettre de change était causée *valeur entendue, valuta intesa*, et le cas où elle était causée *valeur reçue ou comptée, per la valuta avuta*, ou *contaci*. Dans le premier cas, il décidait que le tireur pouvait exciper du défaut de cause, parce que la lettre n'exprimait pas que la valeur eût été fournie; dans le second, au contraire, il décidait qu'il n'y avait pas lieu à cette exception, parce que la lettre de change faisait preuve complète par elle-même de la fourniture des valeurs qui lui servaient de cause, *nam clausulæ* per valuta avuta, o contaci, *veram et realem in litteris cambii adeò importent solutionem, ut amplius exceptioni non numeratæ pecuniæ locus adesse possit* (2). Scaccia, au contraire, décidait généralement, et sans distinction, que l'exception *non numeratæ pecuniæ* pouvait être opposée en matière de lettres de change (3).

De nos jours, la question s'est présentée de nouveau, et a été résolue dans un sens général qui exclut les distinctions de Casaregis, et qui est conforme à l'opinion de Scaccia.

La dame de Neuvic avait souscrit, au profit du sieur de Veyrinas, des lettres de change, valeur en elle-même. A l'échéance, les héritiers de la dame de Neuvic, décédée, prétendirent que la valeur de ces lettres de change n'avait jamais été fournie. Cette exception fut admise par la cour de Limoges, en ces termes : « Considérant qu'il est de l'essence de toute lettre de change que la valeur en ait été ou en doive être fournie au tireur, en espèce ou en compte, puisque, sans cette condition, il ne peut y avoir ni contrat de change, ni

(1) *Quomodo in causis mercat.*, *de Exceptionibus*, n. 9.
(2) *Disc.* 48, n. 7 et suiv.
(3) *De com. et camb.*, § 2, *gl.* 8, n. 1 et suiv.

lettre de change qui constate ce contrat; que cette condition est plus essentielle encore, s'il est possible, dans la lettre de change tirée, comme dans l'espèce, valeur en soi-même, laquelle n'est qu'un simple mandat, jusqu'à ce que le tireur en ait passé l'ordre à celui dont il reçoit la valeur, et à qui il remet la lettre; qu'il résulte des déclarations orales du sieur de Veyrinas qu'il n'a point fourni de valeur pour raison de ces effets... » Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 25 janvier 1815 (1). C'est là une décision conforme à l'opinion de Casaregis, qui, dans des hypothèses semblables, admet l'exception *non numeratæ pecuniæ.*

Voici maintenant une espèce où Casaregis l'aurait refusée et où elle a encore été admise. Le sieur Raymond demandait le payement d'une lettre de change tirée à son profit par le sieur Ladonne, et causée *valeur reçue en marchandises.* A cette demande le sieur Ladonne opposait que la lettre de change n'avait pas de cause; que l'énonciation *valeur reçue* en marchandises était fausse; que réellement il ne lui avait été fourni aucune valeur, qu'ainsi la lettre de change était nulle. Le sieur Raymond répliquait qu'à la vérité la valeur n'avait pas été fournie en marchandises, mais il soutenait que la lettre de change avait pour cause la cession d'un brevet d'invention. Il ajoutait qu'au surplus et en supposant qu'elle n'eût pas de cause, elle n'en serait pas moins valable, puisque l'article 110 du Code de commerce énumère avec soin toutes les formalités nécessaires à la validité des lettres de change, sans faire mention de la cause d'où il concluait qu'une lettre de change était valable quand elle contenait toutes les énonciations nécessaires, sans qu'il y eût lieu de rechercher, en ce qui touche la cause, si ces énonciations étaient sincères. Mais ce système fut rejeté par la cour royale de Paris et par le Cour de cassation, le 20 novembre 1817. « Attendu que, si l'article 110 du Code de commerce exige dans les lettres de change des formalités spéciales pour leur validité comme lettres de change,

(1) S., 5, 1, 11.

il ne les dispense point de la condition essentielle, et indispensable à tous les contrats, d'avoir une cause vraie et réelle (1). »

Ces décisions sont conformes au principe qui, ne reconnaissant pas d'obligation sans cause ou sous une fausse cause, permet, par conséquent, d'exciper de l'absence ou de la fausseté de la cause, dans tous les cas où les circonstances permettent de prouver contre et outre le contenu à l'acte qui exprime une cause prétendue fausse (2).

1564. Il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs qu'en matière de lettres de change ou de toutes autres obligations transmissibles par voie d'ordre quand une cause est exprimée, le défaut de cause ne peut jamais être opposé au tiers porteur de bonne foi. C'est là une conséquence de ce principe que le porteur de bonne foi n'est jamais passible des exceptions personnelles aux précédents endosseurs (3). Mais le tiers porteur ne serait pas de bonne foi s'il avait su, lors de l'endossement à son profit, que la valeur de l'effet n'ayant pas été fournie l'obligation est sans cause (4).

1565. Le défaut de cause dans la lettre de change peut-il être opposé par l'accepteur? Ansaldus distinguait, sur ce point, si l'accepteur se trouvait en présence d'un tiers porteur qui se présentait de son chef, ou en présence du preneur ou de son mandataire. Dans ce dernier cas, l'accepteur pouvait opposer le défaut de cause, il ne le pouvait pas dans le premier : *An acceptans possit opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ, distingui solet quod aut litteras præsentans existit merus procurator illius cujus intuitu litteræ scriptæ sunt, eoque casu acceptans, numeratione non secutâ, ad solutionem cogi non potest ; aut verò solutio facienda est per acceptantem alieni tertio nomine proprio venienti, tuncque minimè attendatur exceptio*

(1) S., 5, 1, 386; D., 6, 561.

(2) Voy. cependant *inf.*, n. 1565 et 1570, les règles particulières à l'acceptation des lettres de change.

(3) Voy. *sup.*, n. 1524. — Voy. Ansaldus, *Disc.* 2, n. 37; et Casaregis, *Disc.* 48, *passim.*

(4) Bordeaux, 6 mars 1868, S., 70, 1, 217. V. aussi Cass., 19 mars 1860, S., 61, 1, 168; et Orléans, 24 juin 1868, S., 68, 2, 301. — V. *inf.*, n. 1573.

non numeratæ pecuniæ (1). Casaregis était du même avis. Il refusait d'abord en principe, à l'accepteur, le droit de se prévaloir d'aucune exception relative à la cause de la lettre de change : *Quod attentâ consuetudine et stylo universali mercatorum, nulla penitùs valeat per acceptatorem litteræ cambii opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, seu valoris litteræ cambii non soluti, aut non adimplementi* (2) ; mais il ajoutait bientôt après : *Declaro hoc procedere quando præsentator gerit vices tertii, videlicet quando est creditor aut habuit litteras ex causâ, aut titulo oneroso* (3). Néanmoins, malgré des autorités aussi imposantes, je n'hésite pas à penser que l'accepteur ne peut, dans aucun cas, se prévaloir de ce que la valeur de la lettre de change n'aurait pas été fournie au tireur. Le tiré n'a pas à s'occuper des causes pour lesquelles on tire sur lui, ou, s'il peut s'en occuper, il doit le faire avant d'accepter. Peu lui importe, en effet, que le preneur ait ou n'ait pas fourni la valeur de la lettre au tireur. C'est l'affaire du tireur. Si donc celui-ci donne au tiré le mandat de payer pour lui, c'est au tiré de voir s'il veut accepter le mandat ; mais une fois qu'il l'a accepté, il devient l'obligé du porteur quel qu'il soit, et il ne lui est pas permis de se prévaloir de circonstances qui sont indifférentes à la validité et à la force de son obligation personnelle. C'est d'ailleurs ce qu'exprime l'article 121 du Code de commerce en disant que celui qui accepte une lettre de change contracte l'obligation d'en payer le montant (4).

1566. Remarquons ici que l'article 1131 du Code civil, en disposant que l'obligation sur une fausse cause ne peut produire aucun effet, n'entend pas annuler les contrats dans lesquels la cause exprimée ne serait pas la cause véritable, si d'ailleurs une cause réelle et sincère se cachait der-

(1) *Disc.*, 10, n. 1 ; Cass., 3 fév. 1847, S., 47, 1, 209, et 4 août 1852, S., 53, 1, 657.

(2) *Disc.*, 151, n. 18.

(3) *Disc.*, 152, n. 29.

(4) Voy. cependant un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1849, S., 49, 1, 161, dont la solution ne peut, selon moi, se justifier que par certaines circonstances de simulations frauduleuses qui se rencontraient dans l'espèce et qui avaient eu pour but d'obtenir une acceptation d'une personne bientôt après pourvue d'un conseil judiciaire.

rière la cause exprimée (1). *Expressio causæ falsæ de prœterito facta à sciente non vitiat ejus promissionem* (2).

La règle a lieu en toute matière; et il a été jugé par la Cour de cassation le 19 juin 1832 (3), et par la cour de Pau le 11 novembre 1834 (4), qu'une lettre de change, comme toute autre espèce d'obligation, est valable, bien que la cause qu'elle énonce soit fausse, si elle en a d'ailleurs une réelle (5).

On trouve un exemple de lettres de change ayant une fausse cause, en ce sens que la cause énoncée n'est pas la cause véritable, dans les traites que l'on appelle *papier de circulation*, dont le montant ne représente aucune valeur réelle. « Un négociant de Paris s'entend avec un négociant de Hambourg, et fournit sur lui des lettres de change que ce dernier acquitte en vendant à son tour des lettres de change sur son correspondant de Paris. Tout le temps que les traites ont été entre les mains d'un tiers, cette tierce personne a fait l'avance de leur valeur. Négocier des lettres de change de circulation est une manière d'emprunter... (6). » Mais, quoique leur cause apparente soit fausse, ces lettres de change n'en ont pas moins une cause très-réelle, qui consiste dans l'emprunt dont elles sont le moyen, et dans la garantie réciproque que s'accordent le tireur et le tiré.

J'aurais donc des doutes sur le bien jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 21 mars 1831 (7), qui décide qu'on peut réputer sans cause, alors même qu'il y a eu des fonds comptés, soit avant, soit après l'opération, des billets à ordre souscrits au profit d'un banquier, pour lui être des valeurs de portefeuille, sous condition qu'il ouvrira un crédit au sous-

(1) Duranton, t. X, n. 350; Toullier, t. VI, n. 176.

(2) Casaregis, *Disc.* 166, n. 24; Doneau, sur la loi 21, ff. *De verb. oblig.*, n. 5.

(3) S., 32, 1, 529.

(4) *Ibid.*, 35, 2, 167.

(5) V. Cass., 9 nov. 1869, S., 70, 1, 63.

(6) J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, p. 301 (édition Guillaumin). — Voy. auss. Smith, *Richesses des nations*, t. I, p. 374 (édition Guillaumin). — Cette pratique se nomme, dans quelques places de France, *faire la navette*.

(7) S., 31, 1, 139.

cripteur, qu'il entrera avec lui en compte courant, qu'i comptera des fonds au souscripteur, à sa volonté, soit avant soit après avoir mis les billets en circulation. Suivant la Cou de cassation, ou plutôt suivant la Cour d'appel dont elle a maintenu la décision, en cas de faillite du banquier, le sous cripteur des billets est fondé à en demander la nullité pou tout ce qui excède le montant des sommes qui lui ont ét avancées. Il me semble que les billets avaient une caus réelle dans le crédit ouvert par le banquier, crédit dont il devenaient la garantie ; et que si la faillite du créditeu empêchait le crédité de faire usage du crédit jusqu'à concur rence du montant des billets qu'il avait donnés, il pouvait avoir lieu de déclarer le crédité créancier du failli pour tou ce qui excédait, dans le montant de ces billets, les somme qui lui avaient été avancées, mais non pas de les déclare nuls comme sans cause.

Il suit de tout ce qui précède qu'on ne peut considére comme sans cause une lettre de change tirée au profit du prête-nom du donneur de valeur. Si la cause est fausse, en ce sens que le prête-nom n'a fourni aucune valeur, la lettre de change n'en a pas moins une cause très-réelle dans la valeur fournie par le véritable donneur (1).

A plus forte raison ne peut-on considérer comme sans cause une lettre de change dont la cause énoncée ne serait justifiée que jusqu'à concurrence d'une certaine somme (2).

1567. C'est une question que de savoir si la condition sous laquelle une convention est faite tient lieu de cause lorsqu'elle s'accomplit. Cette question, qui se rapporte le plus ordinairement au jeu, au pari ou à la gageure, ne paraît pas de nature à se présenter ordinairement dans le commerce proprement dit. Cependant Straccha a composé un traité spécial *De sponsionibus ;* et Santerna a consacré toute une partie de son traité *De assecurationibus et sponsionibus mercatorum* à l'examen de la validité de ces conventions qui, avant lui,

(1) Rouen, 11 fév. 1808, S., 2, 2, 345 ; D., 6, 571 ; Toullier, t. VI, n. 179.

(2) Cass., 8 mars 1853, S., 54, 1, 769.

avait, dit-il, occupé les jurisconsultes. *Ab antiquis et modernis jurisperitis ea est frequentissimè quæstio pertractata circa conventiones seu sponsiones mercatorum quæ sub variis ac diversis componuntur formulis, videlicet si imperator hoc anno morietur, dabis centum : sin autem non, dabo tibi* (1) : ce qui prouve qu'aux époques où écrivaient ces jurisconsultes, les commerçants n'étaient pas toujours occupés d'un commerce sérieux, et qu'ils cherchaient quelquefois à corriger par le hasard les erreurs de leurs spéculations. Les docteurs ont fait sur ce point beaucoup de distinctions dans lesquelles il est inutile d'entrer. Il nous suffira de faire remarquer ici que, lorsque la convention n'a pas d'autre cause que la condition, comme dans les hypothèses analogues à l'exemple précité, elle devient une véritable donation qui ne peut être valable qu'autant que les formes particulières aux donations ont été observées. Quand, au contraire, la convention a une cause indépendante de la condition, cela suffit à sa validité sous le rapport de la cause, et la condition n'a plus pour résultat que de suspendre l'effet de la convention ou d'en opérer la résolution (2).

1568. D'après l'article 1132, la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. En effet, la cause existe en elle-même, indépendamment de son expression; et il suffit qu'elle existe pour que, sous ce rapport, l'obligation renferme les éléments de sa validité.

Dans les conventions synallagmatiques, les obligations de chacune des parties se servant réciproquement de cause, la cause est toujours exprimée, puisqu'elle résulte de la nature même de la convention. Mais il en est autrement dans les obligations unilatérales, et notamment dans les billets ou promesses par lesquels une partie s'engage envers celle qui doit profiter de l'obligation, sans exprimer pourquoi elle s'engage. Alors l'obligation ne porte pas sa cause avec elle, et, bien que cette cause puisse exister, elle n'est pas apparente.

C'était du reste, sous l'ancien droit, une question qui avait

(1) Straccha, *De sponsionibus*, part. IV, n. 1 et suiv.; Santerna, *De assecur. et sponsion. mercat.*, part. II.

(2) Duranton, t. X, n. 360.

été quelque temps controversée que celle de savoir si une promesse ou obligation unilatérale, sans expression de cause, était valable. Le parlement de Paris s'était maintes fois prononcé pour la nullité. Rebuffe (1) cite un arrêt du 13 février 1511 par lequel il a été jugé qu'un contrat était nul et ne pouvait être mis à exécution, par cela seul qu'il n'apparaissait pas pour quelle cause il avait été fait ; et on trouve dans le *Journal des audiences* un arrêt de règlement, du 16 mai 1650, rendu sur le réquisitoire du procureur général, qui fait défense à tous marchands et autres personnes de se servir à l'avenir, soit dans leur commerce, soit dans quelque autre traité ou affaire que ce soit, de promesses ou billets qui ne soient remplis du nom du créancier et des causes pour lesquelles ils auront été faits, à peine de nullité. Telle était aussi la jurisprudence du parlement de Flandres (2).

Cependant cette jurisprudence, qui n'était pas uniforme, combattue d'ailleurs par les auteurs qui soutenaient que le défaut d'expression de la cause ne rendait pas nulle l'obligation, si en réalité elle était fondée sur une cause sérieuse (3), n'avait pas prévalu; et longtemps avant le Code civil, la seule question qui fut agitée, soit entre les auteurs, soit dans les tribunaux, était celle de savoir, lorsque le débiteur venait à prétendre que son obligation n'avait pas de cause, si c'était à lui de prouver le défaut de cause, ou au créancier d'en prouver l'existence. Les uns (4) mettaient la preuve de la cause à la charge du créancier, en se fondant sur la loi 25, § 4, ff. *De probationibus et præsumptionibus,* reproduite par le droit canonique (5) ; tandis que les autres, se fondant sur ce qu'on n'était jamais présumé s'obliger sans cause, mettaient la preuve du défaut de cause à la charge du débiteur. « Par notre usage, disait M. l'avocat général Denain, à l'audience du parlement de

(1) *Ad constitutiones regias, de litteris oblig.*, art. 1, gl. 9, n. 25.
(2) Dogheviet, *Inst. au droit Belgique*, part. II, titre V, § 2, art. 3.
(3) Costalius, sur la loi, 23, ff. *De probationibus ;* Rebuffe, *loc. cit.;* Gomez, *Variarum resolutionum,* t. II, ch. XI, n. 3 ; Papon, *Arrêts*, liv. X, tit. II, § 1; Guérin, sur l'art. 107 de la *Coutume de Paris.*
(4) Voy. les auteurs précités.
(5) Décrétales, ch. XIV, *De fide instrumentorum.*

Paris, le 29 juillet 1706, tout homme qui a signé une promesse volontairement, *sine metu et sine dolo,* est lié volontairement et civilement, et est astreint, par sa signature, à remplir son obligation, indépendamment du défaut d'expression de la cause (1). » Et Charondas (2) rapporte deux arrêts conformes à cette maxime, en date des 12 janvier 1567 et 1er février 1582.

1569. Nous croyons, après avoir hésité sur cette question, que c'est cette dernière opinion qui doit encore être suivie aujourd'hui. Si aux termes de l'art. 1132 du Code civil, la convention n'est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée, cela veut dire, ce nous semble, que celui qui est créancier en vertu d'une obligation dont la cause n'est pas exprimée, n'a pas à prouver l'existence de la cause, car s'il avait cette preuve à faire pour compléter l'obligation et lui donner effet, il en résulterait, qu'en définitive, l'obligation dont la cause ne serait pas exprimée ne serait pas valable par elle-même, sa validité étant subordonnée à la preuve d'une cause réelle. C'est au débiteur qui prétend que l'obligation n'est pas valable pour défaut de cause à prouver ce défaut de cause. Il n'est pas possible de présumer que celui s'engage volontairement s'engage sans cause. S'il prétend qu'il ne s'est pas engagé volontairement ou qu'il s'est engagé par erreur, c'est à lui de prouver le dol ou la crainte qui ont contraint sa volonté ou l'erreur à laquelle il a obéi (3).

A plus forte raison, celui qui souscrit un billet par lequel il *reconnaît* devoir telle somme à telle personne, est-il tenu de prouver qu'il ne doit pas s'il vient à prétendre que son obligation n'a pas de cause. La reconnaissance de devoir fait nécessairement présumer l'existence d'une dette qui est la cause de l'obligation (4). A plus forte raison en est-il encore ainsi si

(1) Augeard, t. I, p. 908.

(2) Sur l'art. 107 de la *Coutume de Paris.*

(3) Toullier, t. VI, n. 175; Marcadé sur l'art. 1315, C. civ.; M. Larombière, t. I, art. 1132, n. 4; M. Demolombe, t. I, n. 367; Cass., 16 août 1848, S., 49, 1, 113; et 9 fév. 1864, S., 64, 1, 107. — V. cependant, Duranton, t. X, n. 353; et MM. Aubry et Rau, t. II, p. 221 et suiv.

(4) M. Merlin, *Quest.*, v° *Cause des oblig.*, § 1; Denizart, v° *Billet;* Charondas, *loc. cit.;* Duranton, t. X, n. 353; Cass., 29 août 1831, S., 31, 1, 410, D., 31, 1, 282.

des relations antérieures entre le débiteur et le créancier rendent la dette probable. Tel est le cas d'un billet souscrit par un voyageur au maître de l'hôtellerie dans laquelle il a logé, par un malade à son médecin (1).

Il est à remarquer au surplus que lorsque la cause de l'obligation est exprimée, le débiteur qui rapporte la preuve de la fausseté de cette cause n'a pas à prouver autre chose; c'est alors aux créanciers à prouver que l'obligation a une cause réelle et licite (2).

1569 *bis*. En supposant d'ailleurs qu'en matière civile la question de savoir à qui incombe la preuve de la cause non exprimée pût être douteuse, elle ne saurait l'être en matière commerciale, où nul engagement n'étant réputé gratuit, celui qui reconnaît devoir ou qui promet payer est toujours présumé ne s'être engagé que parce qu'il était réellement débiteur à quelque titre que ce fût, et doit dès lors prouver le défaut de cause dont il entend se prévaloir. Entre marchands, dit Brunneman (3), le défaut d'expression de la cause, dans un billet, n'empêche pas qu'il ne soit obligatoire. Un banquier avait souscrit un billet ainsi conçu: « Je payerai à N., à sa volonté, la somme de... » Sur la demande en payement de ce billet, l'obligé alléguait le défaut de cause. La contestation portée à l'audience de la tournelle civile, M. l'avocat général de Lamoignon dit qu'il était certain que ces sortes de billets étaient ordinaires dans l'usage du commerce; il fit observer d'ailleurs que le débiteur était un homme qui faisait négoce d'argent, et savait par conséquent, en faisant le billet, qu'il s'obligeait: par arrêt du 27 janvier 1689, la sentence qui avait ordonné le payement fut confirmée (4).

Le statut 96 de Milan renfermait sur ce point une disposition expresse. Il portait que tout ce qui se trouverait écrit ou souscrit par les banquiers de Milan, concernant leurs dettes passives, ou souscrit par eux en faveur de leurs créanciers,

(1) Du Laury, ch. CXXXVI, cité par M. Merlin, *loc. cit.*, n. 355.
(2) Cass., 9 fév. 1864, S., 64, 1, 107.
(3) Décis. cent. 2, XCIX.
(4) Brillon, v° *Billet sans cause*.

serait valable, et que foi y serait ajoutée, soit que la cause ait été par eux exprimée ou non (1).

Ces principes ont été consacrés par l'article 638 du Code de commerce, aux termes duquel les billets souscrits par un commerçant, sont censés faits pour son commerce lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée ; disposition qui s'applique aussi bien au cas où le billet ne contient l'énonciation d'aucune cause, qu'au cas où il n'énonce pas si la cause exprimée se rapporte au commerce du souscripteur.

1570. Ils ont encore été consacrés relativement à un genre particulier d'obligation, par l'article 117 du Code de commerce, mais avec une distinction qu'il importe de remarquer. D'après cet article 117, l'acceptation d'une lettre de change, qui est ordinairement exprimée par le mot *accepté*, sans énonciation de cause (2), suppose la provision et en établit la preuve à l'égard des endosseurs, de telle sorte que non-seulement les endosseurs, et conséquemment les tiers porteurs ne sont pas tenus de prouver la provision, qui sert de cause à l'acceptation, mais que de plus l'accepteur n'est pas reçu à prétendre et à prouver qu'il a accepté sans avoir provision (3). Il est lié envers eux, parce qu'il s'est constitué leur débiteur. Mais il en est autrement en ce qui touche le tireur : l'accepteur n'est pas également lié envers lui. En acceptant la lettre de change, il a pu vouloir rendre service au tireur, aussi bien qu'acquitter sa propre dette. Si donc l'accepteur dénie la provision, c'est au tireur à la prouver.

1571. La règle de l'article 1132 du Code civil, suivant lequel la convention n'est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée, est cependant soumise en matière commerciale à de notables modifications, qui portent sur la cause des lettres de change, des billets à ordre, et de la cession qui est faite de ces titres par voie d'endossement.

Aux termes de l'article 110 du Code de commerce, la lettre de change doit énoncer la valeur fournie en espèces, en mar-

(1) Danty, *De la preuve par témoins*, p. 9.
(2) C. com., 122.
(3) M. E. Persil, *De la lettre de change*, sur l'art. 117.

chandises, en compte, ou de toute autre manière. De telle sorte, qu'en matière de lettre de change, il ne suffit pas que la valeur ait été fournie, c'est-à-dire que la lettre ait une cause réelle, il faut de plus que la lettre énonce que la valeur a été fournie, et comment elle a été fournie. Il ne suffirait pas d'exprimer que la valeur a été reçue; il faut de plus énoncer en quoi consiste cette valeur. C'est là une dérogation manifeste au principe général de l'article 1132 du Code civil; dérogation de laquelle il résulte que, à la différence de ce qui a lieu dans les contrats ordinaires, l'expression de la cause est de l'essence de la lettre de change.

J'avoue que cette différence capitale me paraît assez difficile à justifier. On comprend qu'il puisse être utile au preneur, qui n'a de recours possible contre le tireur que dans le cas où il a fourni la valeur de la lettre, de faire exprimer si la valeur a été fournie, de même que, par identité de raison, il peut être utile au tireur d'exprimer si la valeur a été reçue par lui réellement, ou en compte, afin de pouvoir résister aux demandes du preneur si la valeur ne lui avait pas été réellement fournie, ou de lui opposer un compte à faire si la valeur de la lettre était entrée en compte. Telle était en effet la pratique italienne dans l'origine et lors du premier usage qui fut fait des lettres de change. Si le tireur avait reçu la valeur, il l'exprimait par ces mots: *per la valuta avuta*, ou *scudi contici* qui faisaient preuve du payement, *qui veram solutionem pecuniæ probant* (1); s'il n'avait pas reçu la valeur, il l'exprimait par ces mots: *per la valuta cambiata*, ou *per la voluta intesa*, ou *conti à noi*, ou *cambiati in noi*, qui prouvaient qu'il fournissait les lettres de change à crédit, ou en compte, *earum valorum non fuisse persolutam* (2); et jamais alors on ne prétendit que ces énonciations utiles fussent nécessaires et essentielles à la lettre de change: on s'en remettait aux parties du soin de veiller à leurs intérêts en expliquant dans l'acte leurs positions respectives; mais on ne leur commandait pas de le faire.

(1) Casaregis, *Disc.* 43, n. 1; Ansaldus, *Disc.* 2, n. 31; Roccus, *De litteris cambii*, note 37.

(2) Casaregis, *Disc.* 48, n. 13.

L'usage était même, quand on exprimait la valeur, de se borner à cette énonciation : *valeur reçue*, ou *comptée*, *per la valuta avuta*, ou *contici*, sans jamais exprimer en quoi consistait cette valeur.

Mais plus tard, au commencement du dix-septième siècle, lorsque s'établit l'usage de la transmission des lettres de change par voie d'endossement (1), il paraît qu'on prit l'habitude d'énoncer toujours que la valeur était reçue, lors même qu'elle ne l'était pas, parce que le preneur ne voulait pas laisser paraître sur un papier destiné à la circulation, qu'il prenait des lettres de change à crédit. Cette simulation, ayant donné lieu à de fréquents abus, surtout en matière de faillite, parce que le preneur près de faillir pouvait, en négociant une lettre de change dont il n'avait pas fourni la valeur, constituer créancier le tireur qui ne l'avait pas reçue (2), l'ordonnance de 1673 crut remédier à cet inconvénient en exigeant que la lettre de change énonçât en quoi consistait la valeur reçue, *en deniers, marchandises ou autrement* (3). Et quelque inefficace que fût ce remède, puisqu'il n'y a pas plus de difficulté à simuler la nature de la valeur fournie, qu'à simuler l'expression même de cette valeur, et qu'on peut aussi bien dire que la valeur a été fournie comptant quoiqu'elle n'ait pas été fournie, que dire qu'elle a été reçue quoiqu'elle ne l'ait pas été, le Code de commerce n'en a pas moins reproduit les dispositions de l'ordonnance de 1673. Les motifs qui avaient déterminé le législateur de 1673, ont également déterminé le législateur de 1807. On serait même allé, dans la discussion du Code, si l'on en croit M. Locré (4), jusqu'à penser que si le preneur ne fournissait pas actuellement la valeur de la lettre de change, et que néanmoins le tireur mandât à l'accepteur de la payer, il n'y aurait pas contrat de change, mais un simple contrat de prêt, dans lequel le preneur serait l'emprunteur, le tireur le

(1) M. Frémery, *Études de dr. comm.*, p. 122.
(2) Savary, *Parfait négociant*, t. I, p. 139 ; Pothier, *Du contrat de changes*, n. 34.
(3) Tit. V, art. 1.
(4) Sur l'art. 110, n. 3.

prêteur et le change perçu par ce dernier l'intérêt de la somme prêtée, comme si tous les jours on ne fournissait pas des lettres de change à crédit, qui n'en sont pas moins l'expression d'un contrat de change, puisqu'elles ont pour objet de faire payer dans un lieu une somme ou une valeur qui a été ou qui sera remise dans un autre (1). Toujours est-il que, trompés par ce faux point de vue, les rédacteurs du Code ont été conduits à faire de l'expression de la valeur fournie une des conditions essentielles de la lettre de change, et à déroger ainsi aux principes du droit commun, qui exigent sans doute que les contrats aient une cause, mais qui ne font pas dépendre l'existence de cette cause de son expression.

Il est à remarquer du reste qu'il n'est pas nécessaire pour la validité d'une lettre que la valeur fournie soit énoncée dans le corps même de cette lettre de change : il suffit qu'elle soit énoncée dans un endossement émané du tireur ou de son mandataire (2).

1572. Il ne peut donc être suppléé par aucune preuve au défaut d'énonciation de la valeur fournie dans une lettre de change. Mais il est à remarquer que ce défaut d'énonciation n'annule le contrat que comme lettre de change : il le laisse subsister, soit comme obligation civile, soit même, selon les cas, comme obligation commerciale (3); et alors, pour conserver à la lettre de change, considérée comme promesse ordinaire, son effet obligatoire, le porteur peut être admis à prouver que la valeur en a été fournie (4) ; et dans ce cas il a le droit d'agir non-seulement contre le tireur, mais encore contre le tiré qui est nanti d'une provision (5).

L'article 188 du Code de commerce, spécial aux billets à ordre, exige, comme l'article 110 pour les lettres de change,

(1) M. Frémery, p. 121.

(2) V. Cass., 20 janv. 1814, S., 31 janvier 1870, S., 70, 1, 255 et D., 70, 1, 118, V. aussi M. Merlin, *Répert.*, v° *Lettres de change*, § 2, n. 2, Pardessus, t. I, n. 340; M. Nouguier, *Des lettres de change*, n. 129; et M. Alauzet, t. III, n. 1246.

(3) Toulouse, 28 mai 1825, S., 8, 2, 81.

(4) Cass., 30 août 1826, S., 8, 1, 421.

(5) Bordeaux, 16 mai 1849, S., 49, 2, 705.

l'expression de la valeur fournie. En l'absence de cette expression, le billet à ordre devient une simple promesse, dont le souscripteur n'est soumis à la juridiction commerciale que s'il est commerçant, ou si le billet a pour cause une opération de commerce (1).

1573. Toutefois le billet à ordre bien qu'il n'énonce pas la valeur fournie n'en est pas moins transmissible par voie d'ordre; et cette transmission produit tous les effets qu'il est dans la nature de l'endossement de produire, de telle sorte que le souscripteur ne peut opposer au porteur les exceptions de compensation ou de délibération qu'il aurait pu opposer à l'endosseur (2).

Mais il est bien évident que n'étant obligé qu'autant que le billet qui n'énonce pas la valeur fournie a cependant une cause réelle, il peut opposer ce défaut de cause au porteur qui, instruit par le teneur même du billet du vice du titre, ne saurait être considéré, sous ce rapport, comme un porteur de bonne foi (3).

1574. Une des propriétés particulières des lettres de change et des billets à ordre, c'est de pouvoir être transmis par voie d'endossement. Aux termes de l'article 137 du Code de commerce, l'endossement doit exprimer la valeur fournie, faute de quoi, ajoute l'article 138, il n'opère pas le transport et n'est qu'une procuration. Nous entrerons plus tard dans des détails circonstanciés sur les effets de l'endossement, suivant qu'il vaut transport ou procuration. Ici nous avons à examiner seulement si le porteur en vertu d'un endossement, que le défaut d'expression de la cause ou de la valeur réduit au rôle de procuration, est admis à prouver qu'il a fourni cette valeur, pour élever l'endossement au rang d'acte translatif de propriété.

Peu de questions ont autant divisé la jurisprudence, soit des

(1) Cass., 6 août 1811, S., 3, 1, 389; D., 3, 346.

(2) Cass., 11 avril 1849, S., 49, 1, 305; M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. I, p. 498.

(3) Cass., 14 août 1850, S., 50, 1, 667; Bourges, 14 juillet 1865, S., 65, 2, 288. — Voy. cependant Metz, 6 déc. 1854, S., 55, 2, 381. — V. *sup.*, n. 1544.

cours d'appel, soit de la Cour de cassation, qui tantôt a refus d'une manière absolue au porteur la faculté de faire preuve d la valeur fournie, tantôt ne la lui a refusée que vis-à-vis de l'ac cepteur, tireur et souscripteur, pour la lui accorder vis-à-vi de l'endosseur. Ainsi, la cour de Paris, par arrêt du 8 fé vrier 1817 (1), la cour de Nîmes, par arrêt du 23 août 1827 (2) la cour de Toulouse, par arrêt du 18 juillet 1838 (3), et la cou d'Amiens le 8 mars 1840 (4), ont décidé, en thèse générale, qu la preuve de la fourniture des valeurs, cause de l'endossement pouvait toujours être faite, sans distinction, contre les endos seurs et les tireurs ou souscripteurs. La cour d'Amiens, pa arrêt du 29 juin 1813 (5), a également décidé la question e thèse générale, mais en sens contraire aux arrêts précités de cours de Paris, de Nîmes, d'Amiens et de Toulouse; d'un autr côté, la cour de Caen, par arrêt du 26 février 1827 (6), la cour d Bordeaux par arrêt du 6 août 1844 (7), et la Cour de Paris pa arrêt du 18 mars 1858 (8), ont distingué entre l'endosseur et l souscripteur ou accepteur, et jugé que la preuve opposable a premier ne l'était pas aux derniers; enfin, la cour d'Angers faisant application de la même distinction, a jugé, le 18 fé vrier 1838 (9), que la preuve de la fourniture de la valeur étai admissible vis-à-vis des créanciers de l'endosseur tombé e faillite.

Quant à la Cour de cassation, elle a d'abord jugé, le 18 nov 1812 (10), et plus tard le 4 janvier 1865 (11), que le porteur n pouvait être admis à prouver la valeur fournie qu'à l'encontr de l'endosseur et non à l'encontre du tireur ou de l'accepteu d'une lettre de change ou du souscripteur d'un billet à ordre

(1) S., 5, 2, 236.
(2) *Ibid.*, 8, 2, 409.
(3) *Ibid.*, 39, 2, 147.
(4) *Ibid.*, 42, 2, 121.
(5) S., 4, 2, 333.
(6) *Ibid.*, 8, 2, 338.
(7) *Ibid.*, 45, 2, 41.
(8) *Ibid.*, 58, 2, 428.
(9) *Ibid.*, 38, 2, 261.
(10) *Ibid.*, 4, 1, 225.
(11) S., 64, 1, 83.

elle a en même temps jugé, le 15 juin 1831 (1), que cette preuve n'était pas admissible, même vis-à-vis de l'endosseur; puis, revenant sur cette dernière décision, elle a fini par décider d'une manière uniforme que la preuve était admissible contre l'endosseur, mais non contre le tireur, le souscripteur ou l'accepteur (2). Cependant, le 15 décembre 1841 (3), la même Cour a apporté une restriction à cette faculté, en jugeant que la preuve ne peut être opposée aux créanciers de l'endosseur failli. Plus tard, le 16 juin 1846 (4), faisant un pas en avant, elle a décidé que la preuve était opposable aux créanciers de l'endosseur failli, alors qu'elle ne tendait qu'à faire figurer le porteur au passif de la faillite de cet endosseur pour le montant de la valeur qu'il a fournie, et non à le faire considérer comme propriétaire des effets qu'il a reçus en échange de cette valeur : distinction qu'elle a ensuite repoussée le 19 déc. 1858 (5), en jugeant que la preuve fournie produit contre les créanciers de l'endosseur failli les mêmes effets que contre cet endosseur. Enfin faisant un pas de plus, la Cour de cassation a jugé le 7 août 1867 (6) que le porteur en vertu d'un endossement irrégulier peut prouver qu'il a fourni les fonds non-seulement vis-à-vis de son endosseur direct, mais encore vis-à-vis d'un précédent endosseur, dont son endosseur direct avait reçu le titre en vertu d'un endossement irrégulier, ce dernier endosseur direct devant être réputé le mandataire de l'endosseur qui les précède.

Quelle que soit l'autorité des arrêts de la Cour de cassation, je crois devoir adopter, sur le point de savoir si la preuve de la valeur fournie peut être faite non-seulement à l'encontre de l'endosseur, mais encore à l'encontre, du tireur, du souscripteur ou de l'accepteur, une opinion contraire à celle

(1) *Ibid.*, 31, 1, 411.

(2) V. 30 déc. 1840, S., 41, 1, 28; 5 juill. 1843, *ib.*, 44, 1, 49; 25 juin 1845, *ib.*, 45, 1, § 19; 20 août 1845, *ib.*, 46, 1, 164, 14 avril 1856, *ib.*, 56, 1, 806; 20 déc. 1858, *ib.*, 59, 1, 97.

(3) S., 42, 1, 125.

(4) *Ibid.*, 46, 1, 783.

(5) S., 59, 1, 97.

(6) S., 67, 1, 381; D., 67, 1, 327.

qu'ils consacrent, et qui me paraît exagérer la portée des dispositions du Code de commerce. Aux termes de l'article 136, la propriété de la lettre de change et du billet à ordre se transmet par voie d'endossement. L'objet principal, ordinaire et direct de l'endossement est donc de transporter la propriété du titre qui en est revêtu. Toute l'économie des règles du Code de commerce sur les effets de l'endossement des titres transmissibles par voie d'ordre, prouve que c'est ainsi que le législateur a considéré l'endossement; et que si l'article 138 porte que l'endossement qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 137, n'opère pas le transport et n'est qu'une procuration, c'est là une règle toute exceptionnelle, puisque le législateur se borne à l'énoncer, tandis que, dans les nombreux articles où il organise les droits et les devoirs du porteur, il suppose toujours que l'endossement l'a rendu propriétaire de la lettre ou du billet. De là il faut conclure que si l'absence de quelqu'une des formalités requises par l'article 138 fait perdre à l'endossement ses effets translatifs de propriété, pour ne lui accorder que ceux d'une procuration, cette absence n'établit qu'une présomption, qui doit cesser devant la preuve que, nonobstant le défaut d'énonciation, la valeur a été réellement fournie. Il n'y a aucune raison, en effet, pour qu'il soit interdit de restituer à un acte les effets naturels et légaux, auxquels il doit naturellement tendre, et vers lesquels la loi doit toujours favoriser le retour. La Cour de cassation admet partiellement cette conséquence en autorisant la preuve de la valeur fournie à l'encontre de l'endosseur, et en la refusant à l'encontre du tireur, du souscripteur ou de l'accepteur. Mais il me semble que c'est là manquer de logique; car, s'il est vrai que, vis-à-vis de l'endosseur, l'omission de l'expression de la valeur n'établisse qu'une simple présomption, je ne vois pas de raison pour qu'il en soit autrement vis-à-vis des autres parties; et si vis-à-vis des autres parties l'omission de l'expression de la valeur établit une preuve complète et irréfragable que la valeur n'a pas été fournie, et que l'endossement n'est qu'une procuration, je ne vois pas pourquoi l'endosseur serait placé dans une position

moins favorable. La Cour de cassation, dans son arrêt précité du 30 décembre 1840, considère « que si des preuves extrinsèques peuvent être admises pour établir, en dehors de l'endossement, la réalité du transport d'un billet à ordre (ou d'une lettre de change), lorsque la contestation s'agite entre l'endosseur lui-même et le porteur qui tient ses droits de cet endosseur, il doit en être autrement, lorsque l'irrégularité de l'endossement est opposée par le souscripteur ; qu'à l'égard de ce dernier, c'est dans l'endossement lui-même que doit se trouver la preuve de la réalité du transport..... » Voilà bien la différence indiquée, mais je n'en vois pas la cause. Sans doute, si l'omission de la valeur fournie avait pu induire en erreur le tireur, le souscripteur et l'accepteur, et les engager à s'obliger en leur faisant croire qu'ils auraient pour créancier telle personne plutôt que telle autre, on ne pourrait, à l'aide d'une preuve faite après coup, changer la condition première de l'engagement. Mais il n'en est pas ainsi : l'obligation du tireur et celle du souscripteur précèdent tout endossement ; quant à celle de l'accepteur, elle peut, sans doute, suivre un endossement dans lequel la valeur ne serait pas énoncée ; mais, en acceptant, l'accepteur ne sait pas si cet endossement ne sera pas complété plus tard et avant l'échéance, ou s'il ne sera pas suivi d'endossements complets et réguliers, qui transmettront la propriété de l'effet à de nouveaux porteurs. Il n'y a donc, à cet égard, de droits acquis, ni pour l'accepteur, ni pour le tireur ni pour le souscripteur ; et dès lors la preuve qu'on reconnaît pouvoir être faite contre l'endosseur peut être également faite contre les autres obligés.

Dans la discussion qui a précédé l'arrêt de la Cour de cassation du 30 décembre 1840, on a puisé une objection contre l'admissibilité de la preuve de la valeur fournie à l'encontre du tireur, du souscripteur et de l'accepteur, dans une assimilation entre l'endossement dans lequel ne figure pas l'expression de la valeur fournie, et un mandat en forme donné à un tiers à l'effet de recouvrer une créance ; et de même que le mandataire, dans ce dernier cas, ne pourrait se prévaloir vis-à-vis des tiers des conventions particulières qui, intervenues entre lui et

le créancier primitif, lui auraient transmis la propriété de la créance, de même, dit-on, le porteur en vertu d'un endossement qui n'est qu'une procuration, ne peut se prévaloir vis-à-vis du tireur, de l'endosseur ou de l'accepteur de la valeur qu'il aurait fournie, et dont l'endossement ne fait pas mention. Mais il n'y a aucune assimilation possible entre un mandat en forme, qui n'est et ne peut être qu'un mandat, et un endossement qui, par lui-même et de droit commun, est un transport, et qui n'est réduit au rôle de procuration qu'exceptionnellement et par suite d'une simple omission. On comprend donc que, d'un acte qui a les formes extrinsèques et intrinsèques d'un mandat, on ne puisse faire un transport à l'égard des tiers; et qu'on puisse cependant prouver, en établissant le fait de la valeur fournie, qu'un endossement, qui est par lui-même un acte translatif de propriété, n'a pas cessé d'avoir ce caractère. Cette objection n'est donc pas concluante, et je persiste à croire, avec la plupart des cours d'appel, que le porteur en vertu d'un endossement qui n'exprime pas la valeur fournie, est admissible à prouver qu'il a fourni cette valeur non-seulement contre son endosseur, mais encore contre les autres parties intéressées (1).

Du reste, en supposant que la preuve ne fût admissible que contre l'endosseur, il me paraît constant qu'elle pourrait être faite, non-seulement contre l'endosseur personnellement, mais encore contre les créanciers de l'endosseur tombé en faillite ; ces créanciers ne sont pas des tiers, puisqu'en se prévalant du défaut d'expression de la valeur fournie dans un endossement fourni par leur débiteur, ils n'agissent point en leur propre nom, mais comme exerçant les droits du failli. Elle pourrait l'être également contre les endosseurs dont l'endosseur direct du porteur devrait être considéré comme le mandataire. Si donc je m'éloigne de l'opinion consacrée

(1) V. dans le sens de l'arrêt de la Cour de cassation, M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. I, p. 301; Alauzet, t. II, n. 874 et suiv., et MM. Bravard-Veyrière et Demangeat, t. III, p. 182. — V. encore sur la question M. Frémery, *Études de droit commercial*, p. 126 et suiv., et M. Horson, *Quest. sur le Code de commerce*, t. II, p. 59.

par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 27 décembre 1841, et même jusqu'à un certain point dans son arrêt du 16 juin 1846, je me rencontre complétement avec celle qu'elle a définitivement adoptée le 29 décembre 1858 (1) et le 7 août 1867.

1575. L'expression de la cause ou de la valeur est-elle nécessaire dans les billets au porteur ? L'usage des billets au porteur, qui avait été autorisé par l'article 1er du titre VII de l'ordonnance de 1673, fut plus tard prohibé par un édit du mois de mai 1716, moins à cause des abus auxquels ils pouvaient donner lieu, qu'à raison de la concurrence qu'ils faisaient aux billets de l'État, et à ceux de la banque de Law, qui venait d'être établie par un édit du 2 du même mois de mai. Mais en 1721, après la chute du système de Law, la faculté d'émettre des billets au porteur fut de nouveau accordée aux particuliers; et depuis lors elle ne leur a plus été retirée. Seulement, en 1792, quelques personnes ayant répandu dans le public des billets au porteur, pour servir de monnaie de papier concurremment avec les assignats, une loi du 8 novembre 1792, article 22, fit défense « aux corps administratifs, aux compagnies et aux particuliers, de souscrire ni d'émettre aucun billet au porteur, sous quelque titre et sous quelque dénomination que ce fût, sous peine, contre les contrevenants, d'être poursuivis et punis comme faux-monnayeurs. » Cette disposition un peu draconienne fut interprétée par la loi du 25 thermidor an III, qui déclare que « dans la prohibition portée par l'article 22 du décret du 8 novembre 1792 de souscrire et mettre en circulation des billets et effets au porteur, n'est pas comprise la défense de les émettre lorsqu'ils n'ont point pour objet de remplacer ou de suppléer la monnaie. En conséquence (ajoute cette loi), il est permis de souscrire et de mettre en circulation de gré à gré, comme par le passé, lesdits effets et billets au porteur... » Si, depuis, la loi du 24 germinal an XI, en autorisant l'établissement de la banque de France, lui a accordé le privilége ex-

(1) V. mes observations sur cet arrêt, S., 59, 1, 97.

clusif d'émettre des billets de banque, ce privilége doit se renfermer dans les limites indiquées par la loi elle-même, et s'appliquer spécialement aux billets de banque et non aux billets au porteur en général. Et, comme l'exprime très-bien un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1850 (1), ce qui distingue les billets de banque au porteur des autres billets au porteur, c'est que les premiers ne sont pas souscrits en vue d'une opération spéciale et déterminée, mais sont émis par la banque à volonté, sans autres limites que celles déterminées par ses besoins ou ses statuts, pour constituer entre les mains de la banque une sorte de monnaie avec laquelle elle fait face à ses opérations de la même manière qu'elle y ferait face avec du numéraire métallique et circulant dans le public comme la monnaie qu'ils remplacent et à laquelle ils suppléent; tandis que les seconds ne sont créés et constitués que par suite d'une opération spéciale et déterminée, dont ils représentent l'importance et à laquelle ils se rapportent nécessairement. Il est donc aujourd'hui constant que les particuliers peuvent souscrire des billets au porteur, pourvu que ces billets n'aient pas pour objet de remplacer ou de suppléer la monnaie, et d'empiéter sur le privilége spécial exclusivement attribué à la banque de France (2).

Mais c'est une question moins facile à résoudre que celle de savoir si les billets au porteur qui, pour être valables, doivent évidemment indiquer la somme à payer, le lieu du paiement et l'époque de l'échéance, soit fixe, soit à vue ou à tant de jours de vue, doivent de plus exprimer la valeur fournie. Je me décide pour la négative.

L'édit de 1721, portant rétablissement de la faculté de souscrire des effets au porteur, semble supposer, il est vrai, que ces effets devaient contenir l'expression de leur valeur. « Voulons et nous plaît, porte cet édit, qu'en tous commerces et négociations que pourront faire nos sujets pour prêt d'argent,

(1) S., 51, 1, 107. — V. aussi Besançon, 29 janv. 1848, S., 48, 1, 516.

(2) En certaines circonstances, des compagnies de finance ou d'industrie ont été autorisées à émettre momentanément des billets au porteur, représentant des coupons des billets de la banque de France.

vente de marchandises, ou autrement, ils puissent et qu'il leur soit loisible d'en stipuler, par lettres ou billets, le payement au porteur sans dénomination de personne certaine... Voulons que tous marchands et négociants qui auront signé des billets payables au porteur, pour valeur reçue comptant ou en marchandises, puissent être contraints par corps au payement desdits billets..... » Et les billets de la banque de Law, en faveur desquels la faculté de souscrire des billets au porteur avait été interdite aux particuliers par l'édit antérieur de 1716, contenaient eux-mêmes l'expression de la valeur fournie (1). Mais il me paraît évident que l'expression de la valeur n'était exigée par l'édit de 1721 que pour déterminer la compétence ou la contrainte par corps, et non sous le rapport de la validité de l'obligation ; de telle sorte qu'en admettant que la loi du 25 thermidor an III n'ait pas donné aux billets au porteur une existence nouvelle, et n'ait fait que maintenir et assurer l'éxécution des lois antérieures qui permettaient aux particuliers d'émettre des billets au porteur, on ne pourrait en conclure, par voie de conséquence, qu'elle ait consacré l'obligation d'en exprimer la cause ou la valeur. Si la loi du 25 thermidor an III eût voulu ajouter sur ce point à l'édit de 1721, elle n'aurait pas manqué de l'exprimer. Il est vrai qu'elle n'autorise les particuliers à émettre des billets au porteur que lorsque ces billets n'ont point pour objet de remplacer et de suppléer la monnaie : le droit d'émettre des billets de cette nature et qui font l'office de la monnaie, étant réservé par privilége aux banques publiques. Mais on prétendrait à tort que des effets au porteur qui n'exprimeraient pas la valeur reçue et qui consisteraient dans la simple promesse de payer au porteur la somme qui y est énoncée seraient un véritable papier-monnaie propre à la circulation journalière et non des billets au porteur tels que ceux que la loi du 25 thermidor an III permet de souscrire de gré à gré. Rien en effet ne serait plus facile que d'échapper à la prohibition dont la loi frappe-

(1) Voici la forme de ces billets telle que la donne Bornier (sur le tit. V de l'ordonnance de 1673) : « La Banque promet payer au porteur à vue... « d'espèces du poids et titre de ce jour, *valeur reçue*, à Paris, le... »

rait les effets au porteur non causés, par l'expression d'une valeur fictive qui deviendrait de style, et dont il serait fort difficile de prouver la simulation. S'il est nécessaire que les billets au porteur aient pour cause une affaire ou une entreprise déterminée, il n'est pas nécessaire qu'ils expriment quelle est cette affaire, ni qu'ils en indiquent la nature : il suffit qu'en fait cette affaire existe et que la preuve de son existence puisse au besoin être rapportée. La loi de l'an III n'exige donc, pas plus que l'édit de 1721, que les billets au porteur soient causés et fassent mention de la valeur reçue.

A ces motifs tirés des lois spéciales qui régissent les billets au porteur, il s'en joint d'autres puisés dans les principes généraux. En effet, aux termes de l'article 1132, la convention ou l'obligation n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. C'est donc obéir à la fois aux lois spéciales et aux principes généraux que de décider que les billets au porteur sont valables et obligatoires, bien qu'ils n'énoncent pas la cause de leur émission (1).

1576. Nous avons vu que l'obligation sur une cause illicite ne peut produire aucun effet (2). La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (3).

En général, on peut dire que la cause de l'obligation est illicite lorsque l'objet de l'obligation est lui-même illicite. Cependant il peut y avoir des exceptions à cette règle. Tel est le cas cité par M. Duranton (4) où vous vous obligez à me restituer un dépôt que je vous ai confié sans en retirer une reconnaissance, et où vous exigez une promesse de ma part de vous payer, pour cela, une certaine somme. L'objet dans l'obligation que je contracte, c'est-à-dire la restitution du dépôt, est très-licite, mais la cause de mon obligation de vous payer une somme est illicite.

(1) M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. I, p. 541, et M. Alauzet, t. IV, n. 1019, émettent une opinion contraire, mais sans la développer. Voy. aussi le *Dictionnaire du commerce et des marchandises*, v° *Billet*.

(2) Voy. *sup.*, n. 1550.

(3) C. civ., 1133.

(4) T. X, n. 366.

Du reste, l'obligation qui a pour objet ou pour cause un fait licite peut être valable, bien qu'en contractant, les parties aient violé une loi d'ordre public, si cette violation ne tombe pas sur l'obligation principale, mais sur une circonstance accessoire. C'est ainsi qu'il a été jugé par la cour de Toulouse, le 1er août 1838 (1), que le remplaçant militaire peut exiger du remplacé le prix stipulé dans le contrat de remplacement, bien que le remplaçant ait contracté et se soit fait admettre dans l'armée sous un faux nom, et que le remplacé ait été complice de ce faux.

Ici se termine ce que nous avions à dire sur les conditions essentielles des contrats ou obligations; nous passons maintenant à l'exposition des règles relatives à l'effet des conventions et des obligations qui en résultent.

(1) S., 39, 2, 3[illegible]5.

CHAPITRE III

DE L'EFFET DES CONVENTIONS, ET DES OBLIGATIONS QUI EN RÉSULTENT.

SOMMAIRE. — 1577. Objet du chapitre III.

1577. Nous examinerons dans ce chapitre les effets généraux des conventions, et des obligations qui en résultent; les effets particuliers de l'obligation de donner, et de l'obligation de faire ou de ne pas faire; les règles relatives aux dommages-intérêts auxquels donne lieu l'inexécution des conventions; enfin, les effets des conventions à l'égard des tiers.

SECTION I. — RÈGLES GÉNÉRALES SUR L'EFFET DES CONVENTIONS ET DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 1578. A quoi obligent les conventions. — 1579. Elles doivent être exécutées de bonne foi. Contrats de bonne foi et de droit étroit; y a-t-il en matière commerciale des contrats de droit étroit? — 1580. Du consentement mutuel nécessaire à la révocation des conventions. — 1581. Exceptions relatives aux contrats qui intéressent les tiers, et aux obligations successives. — 1582. Des arrhes, et de la faculté qu'elles donnent aux contractants de se dédire. Des arrhes en matière de vente. Promesse de vente. — 1583. Des arrhes en matière de vente parfaite. — 1584. Des arrhes considérées comme à-compte sur le prix. — 1585. Des arrhes en matière de louage; louage des choses. — 1586. Louage d'ouvrage; domestiques; matelots. — 1587. Louage de transport. — 1588. Révocation des conventions par l'événement des conditions. — Renvoi.

1578. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (1), c'est-à-dire qu'elles obligent celui qui s'est engagé à exécuter ce qu'il a promis, et qu'elles donnent action à celui envers qui l'autre partie s'est engagée, à l'effet d'exiger l'exécution de l'obligation.

Elles obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi leur attribuent d'après leur nature particulière, et le but que se sont proposé les parties (2). Il en est ainsi surtout en matière

(1) C. civ., 1134.
(2) *Ibid.*

commerciale où les conventions particulières dérogent souvent aux lois générales, et où les contractants sont dans l'habitude de sous-entendre ce qui est d'usage (1).

Les clauses ou conditions accessoires obligent donc, comme le contrat principal dont elles font partie, soit qu'elles en étendent, soit qu'elles en restreignent la portée légale, pourvu qu'elles soient licites, et en ayant soin d'ailleurs de les interpréter, et de les régler d'après la nature et le but du contrat auquel elles sont jointes.

1579. Les conventions doivent être exécutées de bonne foi (2). On ne connaît donc plus aujourd'hui la distinction admise en droit romain entre les contrats de bonne foi, *bonæ fidei*, en vertu desquels on pouvait demander non-seulement ce qui était expressément contenu dans le contrat, mais encore ce qui ne s'y trouvait pas exprimé, si l'équité et la bonne foi l'exigeaient ; et de droit étroit, *stricti juris*, dans lesquels on ne pouvait rien demander au delà de ce qui avait été expressément promis, ou de ce qui était expressément contenu dans le contrat. Le Code civil ne reconnaît que des contrats de bonne foi, et il n'a fait que suivre à cet égard les anciens préceptes du droit commercial qui, devançant sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, les progrès de la législation civile, avait depuis longtemps proclamé et reconnu l'empire de la bonne foi. *Bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii*, dit Casaregis (3), qui répète ici ce que ses prédécesseurs avaient dit avant lui (4).

Néanmoins, il est certains contrats qui résistent à l'interprétation, et dans lesquels ce qui est écrit a plus d'autorité que dans d'autres. Telle est, par exemple, la lettre de change qui, soumise à des formes et à des énonciations rigoureuses, produit des effets également rigoureux, et mesurés sur ces énonciations.

1580. Les conventions ne peuvent être révoquées que par

(1) V. Tit. 1, n. 83 et *sup.*, n. 1440.
(2) C. civ., 1134.
(3) *Disc.* 144, n. 10.
(4) Marquardus, *De jure mercat.*, lib. II, cap. II, n. 93.

le consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise (1). Le consentement mutuel des parties a été nécessaire pour former le contrat, le consentement mutuel est donc nécessaire pour le dissoudre. *Nihil tam naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere, quod colligatum est* (2).

1581. Toutefois, cette règle souffre deux exceptions : l'une qui interdit aux parties de dissoudre une convention par leur consentement mutuel, quand cette convention intéresse des tiers qui y ont un droit acquis, comme dans le cas d'une lettre de change tirée pour le compte d'un tiers, et en général dans le cas de tous les contrats qui renferment des stipulations au profit d'un tiers qui a déclaré vouloir en profiter (3); l'autre qui permet à une seule des parties de dissoudre le contrat quand il a pour objet des faits successifs, et que d'ailleurs les parties n'ont pas assigné au contrat une durée déterminée; c'est ce qui a lieu en matière de louage d'ouvrage, de société. En matière de mandat, le mandant peut toujours révoquer sa procuration quand bon lui semble (4), à moins cependant que le mandat ne fût mélangé d'une autre convention : dans ce cas, l'irrévocabilité de cette convention autrement que par le consentement mutuel des parties rend le mandat irrévocable par la seule volonté du mandant. On trouve un exemple de cette dernière hypothèse dans les conventions qui lient un commerçant à son commis. Il intervient entre eux un contrat de mandat mélangé d'un contrat de louage. Si donc le commerçant par le contrat de louage s'est engagé envers son commis pour un certain temps et pour un certain prix, il ne peut, sous prétexte de révoquer le mandat, résilier à sa volonté le contrat de louage. S'il veut révoquer le mandat, et renvoyer le commis, il est obligé de lui payer la somme convenue pour tout le temps que doit durer la convention.

(1) C. civ., 1134.
(2) L. 35, ff. *De reg. jur.*
(3) C. civ., 1121. V. *inf.*, sect. 5.
(4) *Ibid.*, 2004.

Il est même à remarquer qu'un contrat qui contient des obligations dont l'exécution doit avoir lieu à des époques successives, sans limitation de durée, demeure résolu, s'il arrive dans le cours de l'exécution un événement qui eût empêché la formation du contrat dès son origine. Cela a lieu précisément en matière de mandat, si l'une des parties vient à décéder; et en matière de société, soit en cas de décès de l'un des associés, soit en cas de perte ou d'extinction de la chose qui fait l'objet de la convention. C'est en ce sens que la Cour de cassation a jugé, le 20 août 1838 (1), que le traité par lequel un négociant s'engage à livrer chaque année certaines marchandises à un autre négociant, prend fin, lorsqu'aucune clause n'en fixe ou limite la durée, par le décès de l'un des contractants ; et, le 27 mai 1839 (2), que le traité intervenu entre le propriétaire d'un brevet d'invention et un tiers auquel il permet, moyennant une redevance annuelle, l'usage des procédés qui font l'objet du brevet, se trouve annulé par le fait de la déchéance du brevet ultérieurement prononcée. Mais alors la résolution ne produit pas d'effet rétroactif, et le contrat subsiste pour le passé. Nous reviendrons sur ce point en parlant de l'événement des conditions résolutoires (3).

1582. Enfin il est un cas particulier où chacune des parties conserve le droit de se dédire et de rompre le contrat, en se soumettant à une perte prévue et déterminée d'avance. C'est quand la convention a été faite avec arrhes. En ce sens, on appelle *arrhes* la chose que l'une des parties donne à l'autre en contractant, et qui est la mesure de la perte à laquelle elles se soumettent en cas de dédit. Les arrhes sont usitées dans la vente et dans le louage ; mais elles ne produisent pas toujours les mêmes effets dans ces deux contrats. Occupons-nous d'abord de leurs effets en matière de vente.

Aux termes de l'article 1590 du Code civil, si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir : celui qui les a données en les

(1) S., 38, 1, 973.
(2) *Ibid.*, 39, 1, 677.
(3) V. *inf.*, ch. IV, sect. I.

perdant, celui qui les a reçues en restituant le double. Vous me promettez de me vendre tant de pièces d'étoffes qui sont encore sur les métiers; je vous promets de les acheter, moyennant tel prix, lorsqu'elles seront prêtes à être livrées, et en même temps je vous remets une somme à titre d'arrhes ; je puis, en vous abandonnant les arrhes que je consens à perdre, me départir de ma promesse, de même que vous pouvez, en me restituant le double de ce que je vous ai donné, vous départir de la vôtre.

Lorsque le contrat a reçu son exécution par la livraison des marchandises vendues, ni l'une ni l'autre des parties ne peut plus s'en départir en consentant à perdre les arrhes, ou à restituer le double. Les arrhes ont pour but d'assurer l'exécution de la vente au moyen d'une clause pénale, et en déterminant d'avance une sorte de dommages-intérêts que paye l'acheteur en perdant les arrhes, et le vendeur en les restituant au double; elles ne peuvent être un moyen de dissoudre le contrat, lorsqu'il est consommé, et de revenir sur des faits accomplis.

1583. Mais c'est une question qui divisait profondément les anciens auteurs, que celle de savoir, lorsque le contrat de vente ne reste pas dans les termes d'une simple promesse, et qu'il a été conclu et arrêté, mais non encore exécuté, s'il est au pouvoir de l'acheteur d'annuler son obligation en perdant les arrhes, et si le vendeur a le droit de rendre la sienne comme non avenue, en restituant les arrhes au double. Le droit romain avait varié sur ce point. Avant Justinien, les arrhes étaient considérées comme une preuve de la perfection de la vente *argumentum emptionis et venditionis contractæ* (1) ; il fallait une convention spéciale pour qu'elles eussent le caractère d'un dédit (2). Après Justinien, au contraire, il en fut autrement : un texte précis des *Institutes* donne de plein droit aux arrhes, en matière de vente, le caractère d'un dédit, alors même qu'il s'agit d'un contrat définitivement conclu. Si quelque chose avait été donné à titres d'arrhes, *soit que la vente eût été faite par écrit, soit qu'elle l'eût été sans écrit*, celui qui refusait de remplir son

(1) Gaius, Comm. 3, n. 139 ; l. 35, ff. *De contrah. empt.*
(2) M. Ortolan, *Explicat. des Instituts*, t. II, p. 241.

obligation, si c'était l'acheteur, perdait ce qu'il avait donné, et, si c'était le vendeur, était forcé de rendre le double, quoique rien n'eût été exprimé au sujet des arrhes. *Hoc etenim subsecuto*, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, *is qui recusat adimplere contractum si quidem est receptor perdit quod dedit; si verò venditor, duplum restituere compellitur; licet super arrhis nihil expressum est* (1). Des interprètes et des commentateurs, se fondant sur ce qu'on ne pouvait admettre que les arrhes données et reçues pour confirmer la convention et la rendre plus certaine, devinssent jamais une cause ou un moyen de résolution du contrat, soutenaient que ce que dit Justinien dans les Institutes ne doit s'entendre que des arrhes données lors d'un marché qui n'est encore que proposé, mais non conclu (2); tandis que d'autres, se tenant plus près du texte et de son sens littéral, reconnaissaient au vendeur et à l'acheteur le droit de se départir du contrat, même parfait et définitivement conclu, en abandonnant les arrhes ou en les restituant au double (3). Du droit romain, ce dissentiment était passé dans notre ancien droit français. Pothier décidait, comme Vinnius, que les arrhes ne produisaient une faculté résolutoire que lorsqu'il s'agissait d'une vente projetée, et non encore conclue (4). Domat, au contraire, y voyait, dans tous les cas, la preuve que les parties s'étaient réservé le droit de se départir du contrat projeté ou conclu. « Si, dit-il, il n'y a pas de convention expresse qui règle quel sera l'effet des arrhes contre celui qui manquera d'exécuter le contrat de vente, si c'est l'acheteur, il perdra les arrhes, et si c'est le vendeur, il rendra les arrhes et encore autant (5). »

Sous le Code civil, la controverse dure encore. M. Troplong, se fondant principalement sur la règle que la vente transporte de plein droit la propriété de la chose, soutient qu'on ne peut admettre qu'une dation d'arrhes ait la force de renverser des faits accomplis et permette de se départir d'une vente défini-

(1) *Inst. de empt. et vend. in pr.*
(2) Voy. surtout Vinnius.
(3) V. notamment Fachinée, liv. II, ch. XXVIII.
(4) *De la vente*, n. 508.
(5) *Lois civiles*, liv. I, sect. VI, n. 5.

tivement conclue (1). M. Duvergier, au contraire, se fondant sur l'assimilation complète faite par l'article 1859 du Code civil entre la vente et la promesse de vente qui, comme la vente, emporte dès lors translation de propriété, en conclut qu'il n'y a aucun motif pour refuser aux arrhes qui accompagnent la vente les conséquences qu'elles produisent aux termes de l'article 1590, quand elles sont jointes à la promesse de la vente (2).

Il y a quelque chose de vrai dans ces deux opinions, et je crois que les auteurs qui se sont occupés de ce point de droit ne sont arrivés à des résultats opposés que parce que la question a été mal posée, qu'ils n'ont pas tenu de compte des nouveaux éléments de décision que fournit le Code civil, et qu'ils se sont placés à tort au milieu des difficultés qui encombraient sous l'ancien droit le terrain de la discussion.

En effet, aujourd'hui la question n'est pas de savoir si les arrhes permettent aux parties de se départir d'une vente parfaite, mais bien si l'on peut considérer comme une vente parfaite, celle dans laquelle des arrhes ont été données par l'acheteur et reçues par le vendeur. Sous l'ancien droit, le texte de Justinien posait la question dans les termes qui la plaçaient dans la première hypothèse, et qui permettaient de se demander si les arrhes pouvaient être un moyen de résoudre un contrat fait et conclu aussi bien qu'un contrat projeté. Sous le Code civil, au contraire, le texte de l'article 1590 change l'état de la question. Cet article eût pu, sans doute, être rédigé d'une façon plus claire ; néanmoins, il me semble manifeste qu'en disposant que, si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, il entend exprimer que, dans tous les cas où de arrhes sont données, il n'y a que promesse de vente, et non pas vente parfaite ; en d'autres termes, que les arrhes sont un caractère spécifique de la promesse, et qu'elles servent à la

(1) *De la vente*, n. 144 et suiv. — *Adde*, Maleville, sur l'article 1590 ; Delvincourt, t. III, p. 134 ; Duranton, t. XVI, n. 50 ; Pardessus, n. 184 et 295.

(2) *De la vente*, n. 135. V. aussi Marcadé, sur l'art. 1590.

distinguer de la convention parfaite et conclue. Cette signification de l'article 1590 est très-positivement indiquée par M. Grenier, dans son rapport fait au Corps législatif, au nom du Tribunat, sur le titre de la vente ; après avoir rappelé les termes de l'article 1590, il ajoute : « Les idées n'étaient point fixées à ce sujet, et les usages variaient. Il ne pourra plus à l'avenir y avoir de difficulté. La délivrance et la réception des arrhes détermineront le caractère et l'effet de l'engagement, en le réduisant à une simple promesse de vendre, dont on pourra se désister sous les conditions établies dans l'article. » Les arrhes sont donc le signe distinctif et caractéristique d'une promesse de vente, parce qu'il y a incompatibilité entre la stipulation dont les arrhes sont l'expression, et l'irrévocabilité qui est l'attribut d'un contrat parfait. Quels que soient dès lors les termes dans lesquels se sont placés les parties, lorsque des arrhes ont été données et reçues, il ne leur est pas permis de dire que la vente était parfaite : les arrhes la font descendre au rang de simple promesse.

Malgré toute la déférence due à un jurisconsulte aussi éminent que M. Troplong, je me crois donc autorisé à dire qu'il s'est trompé lorsqu'il a avancé que le système indiqué par M. Grenier, dans son rapport au nom du Tribunat, ne comportait pas un sérieux examen. Ce système est au contraire le seul qui puisse concilier les opinions contraires et faire disparaître des divergences fondées sur des inductions également certaines et également inconciliables si l'on n'adopte pas l'interprétation que propose M. Grenier et qui se distingue de toutes celles qui ont été proposées jusqu'ici.

1584. Toutefois, il se peut que, dans l'intention des parties, les arrhes n'aient pas le caractère d'un dédit et qu'elles soient un simple à-compte sur le prix. « Autre chose, disait Maynard (1), est des arrhes baillées à une vente, lesquelles quittant, l'acheteur demeure quitte du surplus; autre chose d'une somme baillée en commencement de paye, auquel cas l'acheteur peut être contraint de parfaire le contrat. » Les

(1) T. II, p. 491.

premières seules sont des arrhes proprement dites; et c'est assez improprement que, sous notre législation, on donnerait le nom d'arrhes à un à-compte sur le prix. Il est du reste évident que, lorsque les arrhes sont un à-compte sur le prix, les parties sont obligées d'exécuter le contrat et ne peuvent pas s'en départir en perdant les arrhes ou en les restituant au double. C'est un point qui ne peut être douteux, puisque les parties, en donnant et en recevant les arrhes comme à-compte et non comme dédit, se sont imposé une loi dont elles ne peuvent plus se dégager et se sont volontairement fermé toute voie au repentir (1).

Quant à la question de savoir si une somme payée par l'acheteur avant l'exécution du contrat doit être considérée comme des arrhes proprement dites, c'est-à-dire comme expression de la faculté réciproque de se dédire, ou comme un à-compte sur le prix qui confirme et consolide le contrat loin de l'ébranler, c'est là une question de fait dont la solution dépend des circonstances et de l'intention présumée des parties.

1585. Recherchons maintenant les effets des arrhes en matière de louage.

Aucun article du Code civil ne s'explique expressément sur ce point. Seulement, l'article 1715, relatif à la formation et à la preuve du contrat en matière de baux des maisons ou des biens ruraux, suppose que des arrhes peuvent être données quand il s'agit de baux de cette nature, en disposant que la preuve par témoins d'un bail verbal ne peut être reçue, *quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.* De là tous les auteurs ont conclu qu'en matière de bail d'immeuble les arrhes produisent le même effet qu'en matière de vente : c'est-à-dire que le locateur peut se dédire en rendant le double de ce qu'il a reçu à titre d'arrhes, et le locataire en les perdant (2).

En matière de location de maisons et d'appartements, il

(1) Voy. *inf.*, sect. IV, § 1.

(2) Duranton, t. XVII, n. 49; M. Troplong, *Du louage*, n. 123 et 124; M. Duvergier, *Du louage*, n. 49.

est d'usage, à Paris du moins, que le locataire donne au portier ou concierge une somme légère à titre de gratification, connue sous le nom de *denier à Dieu*. Chacune des parties a alors vingt-quatre heures pour se repentir utilement, le locataire en retirant le *denier à Dieu*, le locateur en le rendant. Les vingt-quatre heures écoulées, le contrat devient définitif. Ici le denier à Dieu se distingue des arrhes proprement dites, en ce que, en cas de dédit, la partie qui l'a donné le retire au lieu de le perdre, et en ce que la partie qui l'a reçu n'est pas tenue de le rendre au double (1).

1586. L'espèce d'arrhes connue sous le nom de *denier à Dieu* est encore en usage dans le louage des domestiques. Dans ce cas particulier, le *denier à Dieu* se rapproche même des arrhes proprement dites, en ce que le maître le perd s'il se désiste; mais il s'en distingue en ce que le domestique ne rend pas le double si le désistement vient de son côté (2).

L'article 25 de la déclaration du 24 juin 1778, confirmé par un arrêt du conseil du 27 septembre de la même année, fixait à trente sous le *denier à Dieu* qui pouvait être donné aux matelots engagés pour la course.

1587. Les arrhes sont encore d'un usage habituel dans le louage de transport. Celui auquel le transport est dû et qui a donné des arrhes peut renoncer au transport en les perdant; mais celui qui doit le transport ne peut, en rendant les arrhes, soit telles qu'il les a reçues, soit au double, se dispenser de l'effectuer. Telle est sur ce point la coutume universelle.

1588. Outre les cas de révocation dont il vient d'être question et auxquels sont soumis les contrats, ils peuvent encore être résolus par l'effet de certaines conditions. Mais c'est là une matière toute spéciale dont nous nous occuperons en traitant des obligations conditionnelles (3).

(1) M. Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 137, note 2; et *Du louage*, t. I, n. 50.

(2) M. Duvergier, *ibid.*; *Répert. de jurispr.*, v° *Denier à Dieu.*

(3) V. *inf.*, ch. IV, sect. I.

SECTION II. — DE L'OBLIGATION DE DONNER.

SOMMAIRE. — 1589. Effet de l'obligation de donner quant à la transmission de la propriété. — 1590. Son effet à l'égard des tiers. Nécessité de la tradition. — 1591. Les effets de l'obligation de donner sont les mêmes en droit commercial qu'en droit civil. — 1592. Distinction, quant aux effets de l'obligation de donner, entre le cas où il s'agit d'un corps certain, et le cas où il s'agit d'une chose qui a besoin d'être déterminée. — 1593. L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose, et celle de la conserver jusqu'à la livraison.

1589. L'obligation de donner, dont il est ici question, s'entend, non de l'obligation de faire une libéralité, obligation qui ne peut exister parce qu'une libéralité est toujours volontaire et jamais obligatoire, mais de l'obligation de remettre à autrui la chose dont il est devenu propriétaire par l'effet d'une convention.

Je dis dont il est devenu propriétaire par l'effet d'une convention, car c'est un principe certain, dans notre droit, que la propriété s'acquiert par l'effet des conventions ou des obligations (1); que l'obligation de livrer la chose est parfaite, par le seul consentement des parties, et qu'elle rend le créancier propriétaire, encore que la tradition n'en ait point été faite (2). Cela est particulièrement vrai en cas de vente, suivant l'article 1583 du Code civil, aux termes duquel la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé.

C'est là, on le sait, une innovation. Sous l'ancien droit, qui suivait à cet égard les règles sinon les formules et les symboles du droit romain, la propriété ne s'acquérait que par la tradition réelle ou feinte (3). Mais le Code, en attribuant aux obligations l'effet de transférer la propriété, en rejetant l'emploi des formes qui matérialisaient la volonté humaine, pour

(1) C. civ., 711.
(2) *Ibid.*, 1138.
(3) *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (L. 20 au Code *De pactis*). Pothier, *De la vente*, n. 319.

entrer dans un système plus spiritualiste, s'est heureusement rapproché des principes du droit naturel, ou des gens. La délivrance de la chose que l'on transfère à autrui n'est nécessaire que suivant les lois civiles, dit Grotius : *Ut verò traditio etiam requiratur, ex lege est civili, quæ, quia à multis gentibus recepta est, jus gentium impropriè dicitur* (1)..... *De venditione et emptione notandum etiam, sine traditione, ipso contractûs momento transferri dominium posse idque esse simplicissimum* (2). Et Barbeyrac, dans ses annotations sur Grotius (3), fait très-bien observer qu'il n'est pas plus nécessaire d'être mis en possession d'une chose, pour en être véritablement propriétaire, qu'il ne l'est de conserver perpétuellement la possession de son bien, pour n'en pas perdre la propriété (4).

1590. Toutefois, ce nouveau principe, fécond en conséquences, n'a d'effet qu'entre les parties. A l'égard des tiers, la propriété n'est transmise en matière d'immeubles que par la transcription (5), et en matière de meubles que par la tradition. Cela résulte, quant aux meubles desquels seuls nous avons à nous occuper ici, de l'article 1141 du Code, aux termes duquel, si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer, à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux, qui en a été mise en possession réelle, est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que sa possession soit de bonne foi. « Si donc, dit M. Troplong (6), la vente de meubles est parfaite entre les parties par le consentement, si la propriété est transférée de droit à l'acquéreur, au regard du vendeur, il n'en est pas de même à l'égard des tiers. En ce qui concerne ceux-ci, la vente n'est parfaite que par la tradi-

(1) *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. VI, § 1.
(2) *Ibid.*, cap. XII, § 15.
(3) Liv. II, cap. VI, § 1, note 5.
(4) Voy. M. Troplong, *De la vente*, n. 36 et suiv. ; M. Duvergier, *De la vente*, n. 8 et suiv. ; M. Demolombe, t. 1, n. 434 et suiv. ; et M. Demangeat sur Bravard, t. III, p. 404.
(5) V. la loi du 23 mars 1855.
(6) *De la vente*, n. 42.

tion réelle reçue de bonne foi ; pour eux, le véritable acquéreur n'est pas le porteur du titre premier en date, mais le possesseur de la chose, bien que le titre de ce dernier soit postérieur. Ainsi, les créanciers du vendeur peuvent, nonobstant la vente d'un meuble, faite sans tradition ou déplacement, faire saisir et vendre ce meuble sur leur débiteur qui en a conservé la possession... La raison de ceci est ce principe fondamental qui fait la sûreté du commerce, savoir, qu'en matière de meubles, la possession vaut titre (1). »

Nous verrons bientôt si, pour que le transport de la propriété ait lieu à l'égard des tiers, il faut que la tradition soit matérielle, ou s'il suffit d'une tradition feinte ou virtuelle (2). Bornons-nous à remarquer, quant à présent, que le tiers possesseur d'une chose antérieurement vendue à une autre personne, ne peut se prévaloir de sa possession, qu'autant qu'il est de bonne foi, et qu'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété.

1591. Le principe consacré par les articles 1138 et 1583 du Code civil, que l'obligation de livrer une chose rend le créancier propriétaire de cette chose, encore que la livraison n'en ait point encore été faite, est également applicable en matière civile et en matière commerciale. On a, il est vrai, soutenu le contraire; suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, dans la vente commerciale, c'est la tradition qui consomme le transport de la propriété, et la convention sur la chose et sur le prix ouvre seulement une action réciproque en délivrance de la chose et en payement du prix. Cette opinion se fonde principalement sur quelques paroles de M. Regnault, dans le discours préliminaire du Code de commerce : « Les achats et ventes, dit cet orateur, ont pour objets des valeurs mobilières, dont la propriété s'acquiert par la tradition. » D'où l'on a voulu conclure que le Code de commerce serait revenu aux principes du droit romain et de l'ancien droit : *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur* (3). Cette

(1) C. civ., 2279.
(2) Voy. le § suivant.
(3) *Du contrat de commission*, t. III, p. 153 et 366.

opinion me paraît d'autant plus extraordinaire de la part des jurisconsultes qui la professent, qu'en plus d'un lieu ils se plaisent à soumettre le droit commercial aux grands principes du droit naturel et des gens, dont ils vont même jusqu'à exagérer la portée, et que le sentiment qu'ils adoptent sur la nécessité de la tradition, s'éloigne précisément de ces principes pour se rapprocher d'un système étroit et formaliste, vers lequel aucun besoin ne justifierait le retour. Quel est l'intérêt du commerce ? c'est que tout acheteur de bonne foi puisse acheter en sécurité les marchandises dont le vendeur est en possession, sans avoir à craindre les actions revendicatoires d'un précédent acheteur qui n'aurait pas pris livraison. Or, cet intérêt est garanti par l'article 1141 du Code civil, dont j'ai tout à l'heure rapporté le texte. A quoi bon, dès lors, se placer systématiquement en dehors des règles de ce Code, lorsque ces règles semblent précisément avoir été faites pour le commerce ? Il est donc manifeste que le passage du discours préliminaire, dont on veut se prévaloir, est une de ces phrases comme on en trouve quelquefois dans les exposés des motifs de nos lois,. qui manquent de précision et semblent dire beaucoup plus qu'elles ne signifient. Si, dans le Code civil lui-même, qui a aboli la nécessité de la tradition on rencontre plus d'un article qui paraît la supposer encore nécessaire, il n'y a rien de surprenant à ce que la même inadvertance soit commise dans des discours dont le vague est le défaut ordinaire, et qui sacrifient trop souvent l'exactitude et la précision de la pensée au besoin de présenter des idées générales. Lors donc que le discours préliminaire du Code de commerce parle généralement des contrats et ventes qui ont pour objets des valeurs mobilières dont la propriété s'acquiert par la tradition, il est évident qu'il n'entendait pas introduire dans la législation commerciale un principe contraire à celui de la législation civile, et que le Code de commerce lui-même ne formule pas, mais qu'il entendait seulement se référer aux principes généraux du Code civil, qui, en fait de meubles, exigent la tradition pour l'acquisition de la propriété à l'égard des tiers.

1592. Il faut remarquer de plus que, d'après les principes du Code civil qui semblent faits précisément pour les affaires commerciales, la propriété n'est transférée par la convention indépendamment de toute tradition, que lorsqu'il s'agit d'un corps certain. Quand, au contraire, le contrat a pour objet une chose indéterminée, qui a besoin d'être individualisée, soit par le choix du créancier, soit par le pesage, le compte ou le mesurage, la propriété n'est pas transférée par l'effet du contrat. Cette translation ne s'opère que par l'accomplissement de la condition qui en suspend l'effet (1), ou, suivant les cas, par la tradition, ainsi que nous le verrons plus tard : ce qui fournira l'occasion de discuter les arguments puisés par MM. Delamarre et Lepoitvin dans l'article 100 du Code de commerce à l'appui du système qui fait de la nécessité de la tradition la règle générale des ventes commerciales (2).

1593. L'obligation de donner emporte deux autres obligations : celle de livrer la chose, et celle de la conserver jusqu'à la livraison (3).

Nous allons examiner successivement en quoi consiste l'obligation de livrer, ou la livraison; et en quoi consiste celle de conserver : ce qui nous conduira à examiner à la charge de qui sont les risques de la chose non encore livrée, soit avant, soit après la mise en demeure.

§ 1. — *De la délivrance.*

(1) C. civ., 1585; M. Troplong, *De la vente*, n. 83; M. Duvergier, *De la vente*, n. 82; Cass., 24 mars 1860, S., 61, 1, 778.

(2) Voy. *inf.*, n. 1599.

(3) C. civ., 1136.

1602. De la tradition par le seul consentement quand il s'agit d'une chose qui ne peut être actuellement enlevée; ses effets à l'égard des tiers. — 1603. De la tradition par le consentement d'une chose absente. De l'ordre de délivrance donné au dépositaire ou gardien; ses effets. — 1604. De la remise de la facture; ses effets relativement au débiteur et relativement aux tiers. — 1605. De la tradition par le consentement d'une chose qui voyage pour le compte du vendeur. Conditions particulières. Droit de revendication. — 1606. De la marque. Comment elle emporte délivrance, soit à l'égard du vendeur ou débiteur, soit à l'égard des tiers. — 1607. Du cas où des marchandises portent la marque de deux acquéreurs successifs. — 1608. De la livraison des choses vendues au poids, au compte ou à la mesure. — 1609. De la livraison des choses vendues en bloc. — 1610. De la livraison des choses qu'on est dans l'usage de goûter ou de vérifier avant d'en faire l'achat. — 1611. De la délivrance en matière de dation en payement; en matière de société. — 1612. De la délivrance des meubles incorporels. Renvoi. — 1613. De la délivrance des navires. Renvoi.

1594. L'obligation de donner emporte, dit l'article 1136, celle de livrer la chose; d'où le droit corrélatif pour celui à qui la chose est due, non-seulement d'en exiger la délivrance, mais encore de se mettre en possession de cette chose et d'employer, pour arriver à ce but, toutes les voies de droit, même la force matérielle dont dispose l'autorité publique. C'est là l'effet distinctif de l'obligation de donner, tandis que l'obligation de faire, par suite d'un principe fondé sur le respect dû à la liberté de la personne, se résout en dommages-intérêts. En traitant de l'obligation de faire, nous verrons comment, lorsque l'obligation de donner a pour objet une chose fongible dont le débiteur refuse d'opérer la délivrance, l'obligation devient en quelque sorte une obligation de faire, et comment le créancier peut se livrer de la chose en achetant sur place, aux risques et périls du débiteur, une marchandise de même nature (1).

1595. Du reste, l'acquéreur n'a le droit d'exiger la livraison que lorsqu'il a payé le prix, à moins, ce qui arrive le plus ordinairement dans le commerce, que la vente n'ait été faite à terme sauf toutefois le droit de rétention qui a lieu en cas de faillite (2).

(1) Voy. *inf.*, sect. III.
(2) C. civ., 1612; C. com., 577.

1596. Mais qu'est-ce que la livraison, et quand peut-on dire qu'elle a été faite? La question a d'autant plus d'intérêt que de là dépend quelquefois le point de savoir à la charge de qui, du débiteur ou du créancier, sont les risques de la chose qui fait l'objet de l'obligation; et que c'est aussi par la livraison que le créancier est saisi de la chose à l'égard des tiers de bonne foi auxquels jusque-là ne peut être opposé le contrat qui lui en a antérieurement transféré la propriété. Nous examinerons plus tard la question des risques. Quant à présent nous considérerons la livraison ou la délivrance principalement sous le point de vue des droits du créancier à l'égard des tiers.

La délivrance ou livraison est définie par l'article 1604 du Code civil (1). C'est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. Elle s'opère, aux termes de l'article 1606, ou par la tradition réelle ou par la remise des clefs des bâtiments qui contiennent les marchandises vendues, ou même par le seul consentement des parties si le transport ne peut s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre. Ce dernier mode de délivrance est ce que l'article 1919 du Code civil appelle une tradition feinte. Cependant on aurait tort de conclure de ces deux articles qu'il n'y a de tradition réelle que celle qui s'opère manuellement ou qui est accompagnée d'un acte matériel emportant déplacement de la chose. La tradition, feinte dans sa forme, peut être réelle dans ses effets et ce qui le démontre parfaitement, c'est l'exemple choisi par le Code lui-même, qui qualifie de tradition feinte celle qui a lieu par le seul consentement, lorsque celui à qui une chose

(1) Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur *Traité du contrat de commission*, t. III, p. 509, les mots *tradition*, *livraison*, *délivrance*, auraient une signification autre que celle qui leur est attribuée par les textes de nos codes. *Tradition* serait le mot générique; *délivrance* exprimerait une tradition effective; et *livraison* une tradition virtuelle. Les articles 1604 et 1606 du Code donnent, au contraire, au mot *délivrance* un sens générique et font de la *tradition* un mode de la *délivrance*. Quant au mot *livraison*, il est employé tantôt comme synonyme de *délivrance*, tantôt comme synonyme de *tradition*. Voyez les articles 1582 du Code civil, et 578 du Code de commerce.

est due a déjà cette chose en son pouvoir à un autre titre. Il y a évidemment dans les articles 1606 et 1919 un défaut de rédaction qui provient de ce qu'en abandonnant les errements du droit romain sur la nécessité de la tradition, ses effets et ses formes, les auteurs du Code n'ont pas également réussi à se débarrasser d'une terminologie qui, sous l'empire des anciens principes, avait une signification qu'elle ne peut plus avoir aujourd'hui. « En réfléchissant aux formes de tradition simples, dégagées, presque toujours abstraites, que le Code civil met en jeu, dit M. Troplong, on arrive à se convaincre que, dans son intention, il a attaché les mêmes effets et la même réalité aux autres délivrances qu'à la tradition manuelle (1). »

C'est ce qui résultera clairement de l'examen des divers modes de délivrance ou de tradition admis par le Code civil et par le Code de commerce.

1597. Le premier mode de délivrance, indiqué par l'article 1606, est la remise ou tradition manuelle que le Code civil appelle tradition réelle, et que Vinnius appelle tradition vraie, *traditio vera* (2). Elle consiste dans le fait de donner à l'acheteur ou au créancier la détention matérielle et effective de la chose qui lui est due. Il est manifeste que, lorsque la tradition est ainsi faite, la propriété de la chose est définitivement transférée à l'égard des tiers qui ne peuvent plus exercer sur cette chose les droits qui leur compétaient quand elle était encore en la possession du débiteur ou du vendeur.

1598. Et il est indifférent, dans ce cas, que la chose soit livrée à l'acheteur lui-même : il suffit qu'elle soit livrée soit au mandataire qu'il a choisi, soit au mandataire que d'après l'ordre de l'acheteur le vendeur a choisi pour lui, par exemple au voiturier ou au capitaine qui doit la transporter et la remettre à l'acheteur. Casaregis est formel sur ce point : *An merces transmissæ ab aliquo mercatore ad requisitionem sui correspondalis transeunt in dominium committentis, antequam ad illius manus perveniant? Et respondeo ab illo instanti quo mercator*

(1) *De la vente*, t. I, n. 270 ; M. Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 247.
(2) *Instit.*, lib. III, tit. I, § 40.

cui fuit datus ordo merces tranmittendi, sarcinas mercium composuit ac nautæ vel mulioni, aut alio portitori, eas tradidit pro eis committenti consignandis, statim in committentem illarum dominium transivisse (1). A partir de cette livraison, celui qui prétendrait avoir antérieurement acheté ces mêmes marchandises ne pourrait contester les droits du destinataire appuyés par une possession de fait, et les créanciers mêmes du vendeur, tombé en faillite depuis la vente, ne pourraient agir par voie de revendication, soit contre l'acheteur, soit contre le voiturier ou le capitaine qui le représente (2).

Il est vrai que, nonobstant cette livraison, si l'acheteur venait à tomber en faillite, le vendeur pourrait encore, aux termes de l'article 579 du Code de commerce, revendiquer les marchandises par lui expédiées au failli, tant que la tradition n'en aurait point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli, à moins qu'avant leur arrivée les marchandises aient été vendues sans fraude, sur factures et connaissement, ou lettres de voiture, signées par l'expéditeur. Mais cette disposition, justifiée par l'intérêt du commerce, est tout exceptionnelle, et contredit dans sa rédaction les véritables principes, en ce qu'elle paraît supposer que la tradition faite au mandataire n'équivaut pas à la tradition faite au mandant, et n'est pas une véritable tradition : *Traditio rei venditæ facta procuratori perindè habetur, ac si facta fuisset ipsi principali* (3). Aussi n'a-t-elle pas été introduite sans difficulté dans notre législation (4). « Lorsque la vente des marchandises en a transféré la propriété au failli, disait M. Persil, garde des sceaux, lors de la discussion de la loi sur les faillites, lorsque l'expédition de ces marchandises qui équivaut à leur tradition, les a mises à ses risques, le vendeur qui a suivi la foi de l'acheteur, n'est plus qu'un créancier comme les autres, et, dans le naufrage commun, le sort de tous les créan-

(1) *Disc.* 38, n. 51.
(2) C. com., art. 577.
(3) Casaregis, *Disc.* 132, n. 2.
(4) M. Renouard, *Traité des faillites*, t. II, p. 594.

ciers doit être égal. Sans doute, ajoutait-il, il faudrait faire violence à ces principes si l'intérêt du commerce l'exigeait... » On pensa, en effet, et je crois, avec raison, que l'intérêt du commerce l'exigeait ; mais si l'on s'écartait des principes, il ne fallait pas les méconnaître, en semblant mettre pour condition à l'accomplissement de la tradition, l'arrivée des marchandises dans les magasins de l'acheteur ou de son commissionnaire. Au surplus, la revendication dont il s'agit n'a pas toujours été admise sans difficulté dans les usages du commerce, et Casaregis, qui la repoussait en principe (1), la repoussait également dans l'application fondée sur l'usage et l'équité dont cherchait à se prévaloir le cardinal de Luca pour en obtenir l'introduction (2).

1599. Cependant l'article 100 du Code de commerce suppose que la sortie de la marchandise du magasin du vendeur, et l'expédition qui en est faite, n'emportent pas toujours tradition au profit de l'acheteur. Aux termes de cet article, « la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient. » Il suit de là que la marchandise ne voyage pas nécessairement au compte de l'acheteur en d'autres termes que le vendeur peut, malgré l'expédition, en avoir conservé la propriété, d'où il résulte *à fortiori* que cette expédition peut ne pas avoir opéré la livraison.

Cet article 100 dit plus qu'il ne veut dire en même temps qu'il ne dit pas tout ce qu'il devrait dire. C'est ce que prouve l'analyse, assez incohérente d'ailleurs, faite par M. Locré, de la discussion à laquelle il donna lieu dans le sein du conseil

(1)....*Ex quo certè sequitur quod datâ deinde decoctione mercatoris committentis, prædictæ merces transmissæ considerantur in illius patrimonio, licet adhuc ipsæ existerint in navi, vel penes mulionem aut portitorem aut in dohannâ in quâ depositæ essent* (*Disc.* 38, n. 53).

(2) Le cardinal de Luca, *De empt. vend.*, *Disc.* 5, n. 6, 7 et 8 ; et *De credito*, *Disc.* 23, n. 9 et suiv. — Casaregis, *Disc.* 38, n. 54. Voici comment s'exprime ce dernier : ....*Prout de facto in pluribus casibus concursûs creditorum nunquam vidi hanc æquitatem inter mercatores fuisse admissam, sed rejectam, cùm fuerint super mercibus venditis et adhuc existentibus penes emptorem decoctum admissi in concursu cæteri alii creditores cum ipsismet venditoribus dictarum mercium.*

d'État (1). On prévit, d'abord, le cas où un marchand écrit à un autre de lui envoyer une certaine quantité de marchandises de telle nature, et où par conséquent la chose vendue ne constitue pas un corps certain et a besoin d'être individualisée par la livraison pour devenir la propriété de l'acheteur. On tomba d'accord, au conseil d'État, qu'en principe les marchandises devenaient la propriété de l'acheteur du moment que la livraison qui en était faite au voiturier ou au commissionaire les individualisait et les rendait certaines; mais on trouva qu'il serait bien rigoureux de faire peser dans tous les cas sur l'acheteur les risques que cette livraison mettait à sa charge, et de le rendre responsable des faits d'un commissionnaire ou d'un voiturier dont le choix aurait été laissé à l'expéditeur; et on voulut, en conséquence, introduire dans le Code une disposition spéciale qui permît à l'acheteur de se décharger de ces risques. Mais au lieu d'exprimer tout simplement cette idée, en disant que la marchandise sortie des magasins du vendeur ou expéditeur voyageait aux risques de l'acheteur, à moins qu'il n'y eût convention contraire, on s'en tint à la rédaction proposée qui semble mettre en doute le point de savoir à qui appartient en principe la marchandise expédiée et sortie des magasins du vendeur, et si cette expédition constitue une livraison. Il fut du reste bien entendu dans la discussion que, de droit commun, l'expédition emportait livraison, quand, par une convention particulière, il n'avait pas été dérogé à cette règle. « L'acheteur, disait très-bien M. Cretet, ne s'est fait expédier les marchandises que pour s'éviter la peine de venir les prendre dans les magasins; en employant ce moyen, il a suivi la foi du vendeur, et s'en est rapporté aux soins que celui-ci prendrait. Si cet acheteur avait eu quelques craintes, il aurait désigné lui-même le commissionnaire par lequel l'envoi lui serait fait; il aurait stipulé que la livraison lui serait faite à son domicile. Quand il néglige ces précautions, il est réputé avoir mis les marchandises entre les mains du vendeur, et s'en être chargé à l'instant même. »

Concluons de là que dans tous les cas où l'acheteur auquel

(1) *Esprit du Code com.* sur cet article.

les marchandises achetées doivent être expédiées ne stipule pas un lieu précis où la livraison doit lui être faite, ou une personne déterminée qui doit en prendre livraison pour lui, la remise qui en est faite par le vendeur à un voiturier ou à un commissionnaire de son choix emporte livraison. Tel est le sens de l'article 100.

Cet article s'applique encore à un autre cas, qui ne paraît pas avoir été prévu lors de la discussion : c'est celui où la dérogation à la règle générale qui fait résulter la livraison de l'expédition a lieu, non dans l'intérêt de l'acheteur lequel, pour ne pas se charger des risques, stipule, par exemple, que la livraison aura lieu à son domicile, mais dans l'intérêt du vendeur qui, n'étant pas encore payé, et ayant des doutes sur la solvabilité de l'acheteur, expédie la marchandise à un consignataire qu'il charge d'en faire la livraison, soit en échange du prix, soit après avoir pris les sûretés convenables. Ici, la marchandise n'étant pas expédiée pour le compte de l'acheteur, mais étant adressée à un consignataire, on ne peut pas dire qu'il y ait livraison faite au vendeur, et la règle générale cesse d'avoir son empire (1).

On voit d'ailleurs que l'article 100 du Code de commerce ne suppose nullement, comme semblent le croire des auteurs (2), que, dans la vente commerciale, la livraison soit nécessaire pour transporter à l'acheteur la propriété de la chose vendue. En effet, cet article est fait pour le cas où la chose vendue n'est pas présente. Or on sait que, dans ce cas, la chose vendue n'est ordinairement ni certaine ni déterminée; l'acheteur qui en fait la demande ne peut alors la désigner que par son espèce et sa qualité. C'est donc la livraison qui la détermine et l'individualise; et dès lors, comme nous l'avons déjà vu, l'acte qui l'individualise et la détermine peut seul en transporter la propriété (3). Et alors même que la vente d'une chose absente, et qui doit être expédiée, aurait pour objet un corps certain et déterminé, dont la propriété

(1) V. M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 409.
(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 366.
(3) V. *sup.*, n. 1592.

est de droit commun transportée à l'acheteur par l'effet seul du contrat, il est manifeste que, lorsqu'une stipulation particulière est introduite dans l'intérêt de l'acheteur qui ne veut pas se charger des risques, ou dans l'intérêt du vendeur qui ne veut pas se dessaisir de sa chose avant de savoir si elle lui sera payée, la règle générale cesse d'être applicable, mais elle ne cesse pas pour cela d'exister. C'est donc mal raisonner que de faire de l'exception consacrée par l'article 100 du Code de commerce une règle générale qui, dans les contrats commerciaux, se substituerait au principe de droit commun posé par les articles 1138 et 1583 du Code civil, et qui subordonnerait la transmission de propriété à la livraison.

Mais revenons à la manière d'opérer la tradition.

1600. Le second mode de tradition dont parle l'article 1606 est la remise des clefs des bâtiments qui contiennent les marchandises vendues. Bien que cette tradition ou délivrance ne soit pas qualifiée de réelle par la loi, elle n'en est pas moins aussi réelle que celle qui a lieu avec déplacement, et qui emporte livraison matérielle ou manuelle de la marchandise. Par la remise des clefs des bâtiments qui les renferment, les marchandises cessent de fait d'être à la disposition du vendeur pour passer en la possession exclusive de l'acheteur, sans la volonté duquel elles ne peuvent plus être enlevées des bâtiments, puisque seul il peut en permettre l'entrée. Par la remise des clefs, le magasin du vendeur devient le magasin de l'acheteur. Celui-ci a la possession effective du bâtiment, à plus forte raison a-t-il la possession effective des marchandises qu'il renferme.

Observons qu'il n'est pas nécessaire, aujourd'hui, pour l'efficacité de la tradition qui s'opère par la remise des clefs, qu'elle ait lieu en présence de la chose, *in rei præsentiâ*, comme l'exigeaient les lois romaines. Le droit romain, qui refusait aux conventions, c'est-à-dire à la volonté seule, la faculté de transférer la propriété, et qui n'accordait cet effet qu'à la tradition, était conséquent avec lui-même en exigeant que la tradition se manifestât autrement que par la volonté des parties, et qu'elle fût accompagnée d'un acte physique.

Il fallait donc, pour accomplir la tradition des marchandises par le moyen de la remise des clefs, que cette tradition eût lieu devant le magasin ou en présence de la chose livrée, afin que l'acheteur se saisît et s'emparât par la vue des choses dont il ne se saisissait pas manuellement (1). Sous l'ancien droit, c'était une question controversée que de savoir s'il fallait que la remise des clefs eût lieu en présence de la chose ou devant le magasin (2). Mais sous le droit actuel, de nouveaux principes doivent conduire à des conséquences nouvelles; et il y aurait quelque chose de puéril à exiger aujourd'hui, pour l'efficacité de la livraison par la remise des clefs, qu'elle eût lieu devant le magasin ou en présence de la chose (3). J'ai donc peine à m'expliquer comment M. Duvergier, tout en convenant qu'on doit en général considérer la remise des clefs comme opérant la délivrance, alors même qu'elle a lieu loin des magasins dont elle procure l'entrée, pense néammoins que, dans quelques cas rares, l'éloignement de la marchandise vendue modifie les effets ordinaires de la remise des clefs (4). Je comprends bien comment la vue de la marchandise peut être nécessaire pour la perfection de la vente, lorsque telle en a été la condition, ou bien encore lorsque les marchandises vendues doivent être choisies par l'acheteur, parmi d'autres de même nature; mais je ne comprends pas, lorsque la vente est parfaite, et que la chose vendue est certaine et déterminée, soit dès l'origine du contrat, soit par l'effet d'un acte postérieur, et qu'il ne s'agit plus que d'en faire la livraison, il puisse se présenter des cas où cette livraison ne peut s'opérer par la remise des clefs que devant les magasins ou en présence de la marchandise.

(1) *Clavibus traditio ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint* (L. 74, ff. *De contr. empt.*). — *Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cùm ea in presentiâ sit, videtur mihi tradita... Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu...* (L. 1, § 21, ff. *De acquir. rer. possess.*).

(2) V. Pothier, *De la vente*, n. 317; et M. Merlin, *Répert.*, v° *Tradition.*

(3) M. Troplong, t. II, n. 272.

(4) *De la vente*, t. I, n. 248.

La remise des clefs d'un magasin opère donc la délivrance et équivaut à la tradition réelle des marchandises qu'il renferme. Il suit de là que les tiers agissant, soit comme acquéreurs premiers en date de la même marchandise, soit comme créanciers du vendeur, ne pourraient prétendre aucun droit sur cette chose, qui se trouve définitivement soustraite à l'exercice des actions qu'ils feraient procéder, soit de leur chef propre, soit du chef du vendeur. C'est à tort qu'on objecterait en faveur des droits des tiers le texte de l'article 1141 du Code civil, aux termes duquel : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée ; » pour en conclure que les droits des tiers ne sont éteints que par une tradition manuelle ou matérielle. L'article 1141 n'est pas corrélatif à l'article 1606. Si ce dernier article semble établir une différence entre la tradition matérielle et la tradition qui a lieu par la remise des clefs, l'une et l'autre n'en sont pas moins réelles, ainsi que je viens de le démontrer, ce qui suffit pour qu'il n'y ait rien à conclure de l'article 1141 en faveur des droits des tiers et contre le droit de l'acheteur (1).

1601. Le troisième mode de tradition admis par l'article 1606 est le consentement des parties, quand le transport des marchandises ne peut se faire au moment de la vente, ou quand l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

Il est d'abord de toute évidence que si l'acheteur détient, par exemple à titre de dépositaire, la chose qui lui est vendue, il s'en trouve livré de fait au moment de la perfection du contrat. Le Code donne à cette tradition la qualification de tradition feinte (2). Mais il est évident qu'il n'y a rien de plus réel qu'une possession qui est fondée en droit sur un titre, en fait sur une détention matérielle de la chose. Elle saisit donc l'acheteur, non-seulement à l'égard du vendeur, mais encore

(1) Toullier, t. VII, n. 38 ; Duranton, t. XVI, n. 191 ; M. Troplong, *De la vente*, t. I, n. 280. — V. Lyon, 9 avril 1851, S. 51, 2, 1.

(2) Cass., 9 juin 1845 et Paris, 8 août 1845, S., 45, 1, 658, et 2, 540.

à l'égard des tiers. Inutile d'insister sur ce point (1).

1602. Mais il y a plus de difficulté, quand la tradition a lieu par le seul consentement et qu'elle n'est pas accompagnée d'une détention corporelle.

La tradition a lieu par le seul consentement, dit l'article 1606, quand le transport de la chose ne peut pas s'effectuer au moment même du contrat. Cette impossibilité de transport peut résulter soit de l'état matériel de la marchandise, soit de sa situation.

Elle résulte de son état matériel, par exemple, lorsque le volume de la marchandise est tel qu'elle ne peut être enlevée sans des moyens de transport qui ne sont pas actuellement à la disposition des parties. Dans ce cas, l'autorisation donnée par le vendeur à l'acheteur d'enlever les marchandises constitue une véritable livraison (2). Et, ici encore, il faut faire observer qu'il n'est pas nécessaire que cette autorisation soit donnée en présence de la chose, ni qu'il y ait *montrée*, comme dit Pothier (3), qui s'était laissé séduire sur ce point par les subtilités des lois romaines (4). Mais il est évident que, dans ce cas, cette tradition, qui saisit l'acheteur à l'égard du vendeur, ne l'en saisit pas également à l'égard des tiers. Elle n'a rien de réel, rien qui puisse révéler aux tiers que la possession du vendeur a cessé et que celle d'un autre propriétaire a commencé.

1603. Cette impossibilité résulte de la situation de la chose, lorsque la marchandise, à raison de son éloignement, ne peut être actuellement livrée à l'acheteur. Ici deux hypothèses peuvent se présenter.

Ou la marchandise est au loin entre les mains d'un tiers qui

(1) Duranton, t. XVI, n. 191; M. Troplong, *De la vente*, n. 281; M. Duvergier, *De la vente*, n. 252.

(2) C. civ., art. 1919.

(3) *De la vente*, n. 204.

(4) Voy. *sup.*, n. 1600. *Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento sunt eæ res quæ propter magnitudinem ponderis, moveri non possunt, ut columnæ; nam pro traditis eæ habentur, si in re presenti consenserint* (L. 1, § 21, ff. *De acquir., vel amitt. rer. possess.*).

la détient pour le compte du vendeur, soit à titre de mandataire, soit à titre de dépositaire; ou elle voyage au compte du vendeur.

Dans le premier cas, l'ordre de délivrance donné par le vendeur au gardien ou au dépositaire et remis à l'acquéreur peut être un moyen de délivrance en ce qui concerne les droits respectifs du vendeur et de l'acheteur, puisque cet ordre de délivrance équivaut évidemment à l'autorisation d'enlever la marchandise, qui serait donnée par le vendeur à l'acheteur, si la chose était présente (1). Mais, pas plus que l'autorisation d'enlever, dont il vient d'être question, il ne peut avoir l'effet d'une tradition réelle à l'égard des tiers qui se présenteraient porteurs d'un autre ordre de délivrance, ou qui viendraient saisir la chose comme créanciers du vendeur. Tel est l'avis de M. Troplong (2). Toutefois, au nombre des motifs qui le déterminent, il y en a qui ne me paraissent pas applicables à la difficulté. Après avoir dit que l'ordre de délivrance ne vaut pas tradition réelle à l'égard des tiers, il ajoute que les articles 576, 577 et 578, du Code de commerce viennent à l'appui de cette opinion; car, dit-il, de leur combinaison il résulte que, pour que la marchandise soit censée livrée, il ne suffit pas qu'il y ait eu envoi de la facture ou de la lettre de voiture (laquelle n'est qu'un titre pour exiger la délivrance de la chose de la part du voiturier); mais il faut que la marchandise soit sortie du magasin du vendeur, et qu'elle soit en route et voyage pour le compte de l'acheteur. Ces articles de l'ancienne loi des faillites qui ont été remplacés par l'article 576 de la loi nouvelle, dont la disposition est la même, ne disent pas qu'il n'y a livraison ou tradition que lorsque les marchandises sont expédiées à l'acheteur et sorties des magasins du vendeur; ils ont seulement pour but d'autoriser le vendeur à revendiquer les marchandises dans le cas de faillite de l'acheteur, nonobstant la livraison qui en est faite par l'expédition (3); ce qui ne signifie pas que la tradition ne puisse avoir lieu

(1) Voy. le n° qui précède. — Voy. aussi *inf.*, n. 1605.
(2) *De la vente*, t. I, n. 281.
(3) Voy. *sup.*, n. 1598.

que par l'expédition. D'un autre côté, ces articles sont uniquement relatifs aux droits réciproques du vendeur et de l'acheteur, et ne s'occupent nullement de régler les droits des tiers à l'égard de l'acquéreur : ils sont dans un tout autre ordre d'idées. On ne peut donc y puiser aucun argument en faveur de la thèse pour la défense de laquelle je me joins à M. Troplong, et qui se soutient d'ailleurs par des motifs assez évidents pour n'avoir pas besoin d'en invoquer de contestables.

1604. Il en serait de même si, au lieu d'un ordre de délivrance, le vendeur remettait à l'acheteur la facture acquittée, constatant la vente qu'il vient de lui consentir : la remise de l'acte de vente, *traditio instrumentorum ipsius venditionis*, comme dit Dumoulin (1), ne peut jamais équivaloir à la tradition de la chose vendue. Il y a plus ; dans ce cas, il n'y aurait même pas délivrance à l'égard du vendeur qui, en se déssaisissant de l'acte de vente, ne serait pas dessaisi de la chose vendue, et n'aurait pas autorisé l'acquéreur à en prendre possession. C'est en ce sens qu'il a été jugé par le parlement de Douai, le 3 avril 1781, qu'un négociant de Courtrai avait pu revendiquer ses marchandises dans l'entrepôt où elles étaient à Lille, après la faillite de l'acheteur auquel il les avait vendues à crédit, et auquel il n'avait remis que la facture qui constatait cette vente (2).

Mais que devrait-on décider si le vendeur remettait à l'acheteur, outre la facture qui constate la vente qu'il lui a consentie, la facture constatant la vente antérieure qui l'a rendu propriétaire? Assurément, en remettant à l'acheteur cette facture, qui est le titre de propriété, il le saisirait de la chose, et la lui livrerait d'une façon en quelque sorte symbolique (3). Il ne pourrait dès lors, en cas de faillite de l'acheteur, être admis à la revendiquer entre les mains du tiers qui en serait dépositaire. Quant aux tiers, ils conserveraient tous leurs droits sur la chose qui ne serait pas matériellement et réelle-

(1) Sur Paris, titre *Des fiefs*, § 20, gl. 4, n. 14.
(2) M. Merlin, *Répert.*, v° *Tradition ;* M. Troplong, *De la vente*, t. I, n. 282.
(3) Arg. de l'art. 576 Cod. com.

ment possédée par l'acquéreur ou son représentant, dans le sens de l'article 1141 du Code civil.

1605. Passons maintenant à l'examen du second cas, c'est-à-dire de celui où la chose voyage pour le compte du vendeur.

Si celui pour le compte duquel une chose voyage la vend pendant qu'elle est encore en route, il peut en faire la délivrance à l'acheteur, en lui remettant la facture qui constate la vente antérieure qui l'en a lui-même rendu propriétaire, et, de plus, le connaissement ou la lettre de voiture qui est le titre en vertu duquel la remise de la chose vendue peut être exigée du voiturier ou du capitaine. Cette délivrance est complète et réelle à l'égard du vendeur qui, en se dessaisissant de la facture, est réputé se dessaisir de la chose (1); elle est également complète et réelle à l'égard des tiers, parce que l'acheteur, devenu porteur légitime du connaissement ou de la lettre de voiture qui lui donne le droit exclusif d'obtenir la remise de la marchandise, en devient le possesseur réel, bien qu'il ne la détienne pas matériellement (2). Il suit de là que la vente de la marchandise en cours de voyage ne saisit l'acheteur à l'égard des tiers, que si elle est faite à la fois sur facture et connaissement, ou sur facture et lettre de voiture, puisque la remise de la facture sans connaissement ou lettre de voiture, tout en opérant livraison à l'égard du vendeur, lui laisserait la disponibilité de la chose à l'égard des tiers; et que la remise du connaissement ou de la lettre de voiture sans la facture, tout en donnant à l'acheteur la faculté de se mettre en possession de la chose vendue, ne l'en saisirait actuellement, ni à l'égard du vendeur ni à l'égard des tiers; cette saisine ne pouvant résulter, quand la chose est absente, que de la remise des titres qui la représentent (3).

Mais après la prise de possession réelle qui aurait lieu en vertu de la lettre de voiture ou du connaissement, l'acheteur, bien qu'il n'eût pas reçu la facture constatant la vente faite à

(1) Voy. le no précédent.
(2) C. com., art. 576.
(3) Voy. le no précédent. M. Pardessus, n. 1290; Cass., 11 fév. 184 S., 40, 1, 565. V. *inf.*, t. IV, n. 2960.

son vendeur, serait saisi de la chose tant à l'égard de ce dernier qu'à l'égard des tiers. Il resterait néanmoins, en cas de faillite de son vendeur, soumis à l'action en revendication du vendeur originaire, action qui ne cesse d'être recevable, aux termes de l'article 576 du Code de commerce, que si les marchandises en cours de voyage ont été vendues sur facture et connaissement, ou sur facture et lettre de voiture (1).

1606. J'arrive à un mode particulier de délivrance, spécial au commerce, et qui consiste dans la marque apposée par l'acheteur du consentement du vendeur sur les marchandises vendues. Un usage constant, et dont on retrouve des monuments jusque dans la législation romaine, accorde à la marque de l'acheteur apposée du consentement du vendeur sur les marchandises vendues, tous les effets de la tradition et de la délivrance, encore bien que les marchandises ainsi marquées restent dans les magasins du vendeur. *Videri trabes traditas quas emptor signasset*, dit le jurisconsulte Paul (2). L'ancien droit italien ne regardait même pas la question comme douteuse. Straccha (3), Menochius (4), Casaregis (5), se réunissaient pour voir dans la marque un fait qui opère le transport de la chose dans le domaine de celui à qui la marque appartient : *Per hujusmodi signa ad dominium mercium infertur ;* et jamais les tribunaux d'Italie n'ont hésité sur ce point : la rote de Rome (6) et la rote de Gênes (7) se bornent à l'énoncer dans leurs décisions comme un fait sur lequel ne saurait s'établir aucune controverse : *Estque emanatum vulgare illud proverbium quod ad signum cognoscentur ballæ.*

Néanmoins Pothier (8) a cherché à introduire une distinction qui ne me paraît pas fondée. La marque qu'un acheteur met du consentement du vendeur sur les choses qu'il lui a ven-

(1) V. *inf.* t. IV, n. 2960.
(2) L. 14, § 1, ff. *De peric. et comm. rei venditæ.*
(3) *De mercaturâ*, part. II, n. 80 et suiv.
(4) *De presumpt.*, lib. III, *præsumpt.* 64.
(5) *Disc.* 10, n. 36, et *Disc.* 106, n. 3.
(6) Part. X, décis. 96, n. 18 ; et part. XVIII, décis. 340, n. 8.
(7) Décis. 204, n. 3.
(8) *Du droit de propriété*, n. 205.

dues est censée, dit-il, tenir lieu de tradition à l'égard des choses d'un grand poids : et il invoque le texte de Paul, que je viens de citer et qui est relatif à la marque mise sur des poutres, *trabes ;* mais, ajoute-t-il, à l'égard des choses facilement transportables, la marque que l'acheteur y met est censée n'y être mise que *in argumentum venditionis contractæ*, et pour empêcher qu'on n'en substitue d'autres. Elle n'est point censée renfermer une tradition. Il se fonde à cet égard sur la loi 1, § 2, ff. *De peric. et comm. rei venditæ : Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum videri : Labeo contrà, quod et verum est : magis enim ne summutetur signare solere, quàm ut tradere tùm videatur.* Mais cette loi d'Ulpien ne saurait justifier la distinction imaginée par Pothier; car, ainsi que le fait très-bien remarquer M. Troplong (1), les vaisseaux vinaires, que les Romains appelaient *dolia*, étaient fort grands, et, loin d'être facilement transportables, ils s'enfouissaient en terre. On ne peut donc voir dans cette loi que les opinions contraires de Trébatius et de Labéon, mais rien qui justifie une distinction entre les choses difficiles à transporter et celles qui sont facilement transportables. Sans doute, il peut arriver, quel que soit d'ailleurs le volume ou le poids de la chose, que la marque apposée sur des marchandises vendues n'ait d'autre objet que de les faire reconnaître. Il est clair que, dans ce cas, la marque ne vaudra pas tradition. Mais comme la marque de l'acheteur est par elle-même une sorte de mainmise; qu'équivalant au nom de l'acheteur apposé sur la marchandise, elle indique tout naturellement le propriétaire de cette marchandise, on doit présumer que la marchandise marquée est livrée tant qu'il ne sera pas prouvé que dans l'intention des parties la marque n'a pas opéré la tradition. C'est ce qu'exprime très-bien le président Favre : *Signatio cùm fit ad aliam finem, non habet vim traditionis. At cùm alioqui frustratoria esset ac inutilis, æquipollet traditioni, quam fieri per æquipollens nihil vetat. Indè est quod dici solet : cujus est signum, ejus est signatum.*

Au surplus, Pothier lui-même reconnaît qu'à cet égard on

(1) *De la vente*, n. 103.

doit suivre l'usage des lieux; or, sur ce point, l'usage paraît être universel (1). Et non-seulement la tradition qui a lieu par la marque produit ses effets à l'égard du vendeur, mais encore et principalement à l'égard des tiers auxquels la chose marquée ne peut plus être valablement vendue ni délivrée. Je dis qu'elle produit ses effets principalement à l'égard des tiers, parce que le vendeur non payé restant détenteur des marchandises marquées, serait, nonobstant la marque, fondé à les retenir, en cas de faillite de l'acheteur (2). C'est ainsi que, par arrêt du 13 avril 1578, rapporté par Charondas, « il fut dit au profit d'un vigneron qui avait vendu quelques muids de vin à un marchand qui les avait goûtés et marqués, sans les transporter, lesquels avaient depuis été saisis par les créanciers de ce marchand, que le vigneron aurait le droit de les retenir, et qu'il n'était point tenu de s'en dessaisir, qu'il ne fût payé auparavant... (3). »

1607. Straccha se demande ce qu'on devrait décider, si des marchandises portaient la marque de deux acquéreurs successifs : *Merces de quibus est controversia, si reperiantur signatæ signo actoris et rei?* et il décide que l'on doit préférer celui des deux qui en a la possession réelle, parce que cette possession est une présomption de propriété plus forte que celle qui résulte de la marque : *In quo casu procul dubio respondendum est possessionis meliorem esse conditionem; altera enim præsumptio alteram elidit* (4). Mais je ne crois pas que cette opinion doive être suivie sans distinction et dans tous les cas. Je ne la crois admissible que si ni l'une ni l'autre des parties ne pouvait justifier de l'antériorité de la vente qui est son titre, et de la marque faite en exécution de ce titre, et qui équivaut à la délivrance. L'antériorité du titre se joignant à la délivrance et à la mise en possession qui résulte de la marque prévaudrait nécessairement contre une possession de fait, qui, fondée sur

(1) M. Troplong, *De la vente*, p. 103 et 283 ; MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. III, n. 234; Cass., 15 janv. 1828, S., 9, 1, 22.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, n. 235.

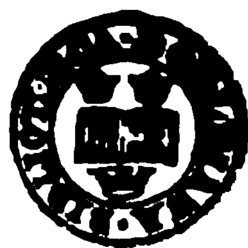
(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Tradition.*

(4) *De mercat.*, part. II, n. 83.

un titre postérieur et sur une marque conséquemment postérieure, ne pourrait lutter avec avantage contre la possession de droit. Il est vrai que l'article 1141 du Code civil, de deux parties à qui la chose est due, préfère celle qui en a la possession réelle, sans tenir compte de la date du titre ; mais ici, à la date antérieure du titre se joint la marque qui équivaut à la possession réelle, et au mépris de laquelle une autre vente n'a pu être consentie, ce qui suffit pour écarter l'application de cet article. D'ailleurs il suppose une possession de bonne foi. Or, le second acquéreur qui a mis sa marque sur la marchandise, sans tenir compte de la marque antérieure qui lui révélait la vente consentie à un tiers, ne peut être réputé de bonne foi. Peu importe donc qu'il ait la possession matérielle et la détention de la chose : celui qui l'a achetée et marquée le premier ne devra pas moins lui être préféré. Mais si ni l'une ni l'autre des parties ne réussissait à prouver l'antériorité de son titre et de sa marque, il faudrait se prononcer avec Straccha en faveur de celui qui possédait matériellement la chose litigieuse.

1608. Tout ce qui précède sur la livraison et la délivrance suppose que la chose vendue est un corps certain et déterminé, ou que depuis la vente elle est devenue un corps certain et déterminé. De même encore, lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure (1), il ne peut être question de livraison que lorsqu'elles ont été pesées, comptées ou mesurées. C'est en ce sens qu'il a été fort bien jugé par la cour de Nancy, le 4 janvier 1827 (2), que, lorsqu'un certain nombre de mesures de marchandises déposées entre les mains d'un tiers, ont été vendues, non en bloc, mais à la mesure, l'autorisation de se les faire délivrer à la première réquisition, remise par le vendeur à l'acheteur (3), avant que ces marchandises aient été mesurées, ne suffit pas pour en opérer la délivrance, et que, dans ce cas, le vendeur est fondé à s'opposer à la remise des mar-

(1) C. civ., 1585.
(2) S., 8. 2, 306.
(3) Voy. *sup.*, n. 1603.



chandises, pour cause de non-payement du prix. Pour qu'une chose puisse être livrée, dit très-bien M. Troplong, sur les conclusions duquel a été rendu cet arrêt, il faut qu'elle soit individualisée, il faut qu'elle soit mesurée (1).

Mais je ne saurais admettre, comme semble l'insinuer l'arrêt précité, et comme M. Troplong l'exprime plus formellement (2), que la délivrance s'opère par le pesage, le comptage ou le mesurage faits contradictoirement. Le pesage, le comptage, le mesurage ne servent qu'à individualiser la marchandise, mais ne suffisent pas pour en faire la délivrance. L'opération de peser, de compter, de mesurer, rend la chose certaine et déterminée, et susceptible de délivrance; mais après cette opération la délivrance est encore à faire. Les parties se trouvent alors dans la même position que celles qui ont traité d'un corps certain et déterminé. Or, de même qu'un corps certain et déterminé n'est pas délivré par le fait seul de la vente, de même aussi un corps incertain et indéterminé n'est pas délivré par le fait seul de l'acte ou de l'opération qui l'individualise et le détermine. Sans doute la délivrance peut accompagner le comptage, le pesage ou le mesurage, mais ce n'est pas une raison pour qu'elle les accompagne toujours, et qu'elle en soit la conséquence nécessaire.

Du reste, si le mesurage, le pesage ou le comptage, ne supposent pas la livraison, la livraison suppose que les marchandises ont été pesées, comptées ou mesurées. *Traditio supplet defectum mensurationis in emptione non secutæ* (3).

1609. Lorsqu'une chose susceptible d'être pesée, comptée ou mesurée, est vendue en bloc, elle est un corps certain, indépendamment du pesage, du comptage ou du mesurage, qui ne sont plus nécessaires pour l'individualiser (4).

1610. A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, l'acheteur ne peut être tenu d'en prendre la livraison avant de les

(1) *De la vente*, n. 93.
(2) *Loc. cit.*
(3) Casaregis, *Disc.* 16, n. 33.
(4) C. civ. 1586.

avoir goûtées et agréées. C'est ce qui résulte de l'article 1587 du Code civil, aux termes duquel il n'y a point de vente, tant que les choses n'ont pas été goûtées et agréées.

Mais on peut se demander si, lorsque la livraison a eu lieu, on doit présumer que les marchandises ont été goûtées et agréées, de telle sorte qu'il ne soit plus permis à l'acheteur de les restituer parce qu'elles ne lui conviendraient pas, au vendeur de les revendiquer, comme livrées sans qu'il y ait obligation de faire la livraison, et aux tiers créanciers du vendeur, de les saisir, comme appartenant encore à leur débiteur. Je pense que la livraison suppose la dégustation et l'agrément. On ne prend livraison d'une chose qu'autant qu'on l'agrée, et on ne l'agrée que parce qu'on en a vérifié la qualité, ou, ce qui revient au même, parce qu'on a renoncé à la vérifier (1). Charondas, consulté sur cette question dans une espèce où il s'agissait d'un marchand qui avait marqué des muids de vin par lui achetés, et qui prétendait ensuite que la marque et la tradition qui en était la conséquence devaient être considérées comme non avenues, parce qu'elles n'avaient pas été précédées de dégustation, répondit « qu'il était à présumer que l'acheteur avait goûté lesdits vins, et s'en était contenté dès lors qu'il les avait marqués ; » ce qui fut ainsi jugé contre l'acheteur par arrêt du 11 mai 1548 (2).

Du reste la présomption d'agrément qui résulte de la livraison peut être combattue par des présomptions ou un usage contraires. Tel est l'usage suivi à Bordeaux, constaté par un arrêt de la cour d'appel de cette ville du 27 août 1831, et par un arrêt de la Cour de cassation du 22 nov. 1832 (3), d'après lesquels la réception de sucres bruts vendus sur échantillon ne prive pas l'acheteur du droit de faire vérifier s'ils sont conformes aux échantillons, encore que la réception ait eu lieu sans protestation ni réserve.

1611. Dans les explications qui précèdent sur la forme et les

(1) M. Troplong, t. I, *De la vente*, n. 103 ; M. Duranton, t. XVI, n. 96 ; M. Duvergier, *De la vente*, n. 107.

(2) Liv. VII, ch. LXXVII, p. 222.

(3) S., 32, 1, 819.

effets de la délivrance en ce qui touche les droits réciproques de celui qui doit la chose, de celui à qui elle est due et des tiers, j'ai puisé dans le contrat de vente les exemples destinés à l'éclaircissement des principes généraux, parce que c'est dans ce contrat que se présentent le plus habituellement les questions de délivrance ou de tradition. Mais on comprend qu'elles peuvent se présenter dans tous les contrats qui ont pour objet de transporter à une personne physique ou morale la propriété d'une chose; c'est ce qui a lieu par exemple dans la dation en payement et dans le contrat de société quant à l'obligation de réaliser les apports.

1612. Je dois de plus faire observer que jusqu'ici je n'ai traité de la délivrance qu'en ce qui touche des meubles corporels; la livraison des meubles incorporels, tels que les créances, est soumise à des conditions particulières dont nous nous occuperons en traitant de la cession et de l'endossement.

1613. Enfin, il faut remarquer encore qu'il y a certains meubles corporels, tels que les navires, dont la délivrance s'opère par des moyens particuliers (1).

Je passe maintenant à ce qui concerne les obligations du débiteur ou du vendeur relativement à la conservation de la chose jusqu'à la livraison.

§ 2. — *De la conservation et des risques de la chose due.*

SOMMAIRE. — 1614. De l'obligation de veiller à la conservation de la chose. De quelle faute est tenu le débiteur dans l'accomplissement de cette obligation. — 1615. Anciennes théories sur la prestation des fautes. — 1616. Système du Code civil. Interprétations diverses auxquelles il a donné lieu. — 1617. Des fautes en matière de commerce. — 1618. Des dommages-intérêts dus pour cause de négligence. — 1619. De la responsabilité des risques de la chose due. Elle porte sur l'acheteur ou sur le créancier, tant que le vendeur ou débiteur n'est pas en demeure. — 1620. La règle est applicable en matière commerciale comme en matière civile. — 1621. Elle n'est pas applicable quand une condition empêche l'acquéreur ou le créancier de devenir propriétaire de la chose... Quand la chose n'est ni certaine ni déterminée. — 1622..... Quand il s'agit de choses qui se vendent au poids, au compte ou à la mesure. — 1623. Des

(1) Voy. C. com. 193 et suiv. et la loi du 27 vendém. an II.

conventions qui peuvent laisser la chose aux risques du vendeur. — 1624. Du risque quand la chose est vendue en bloc. — 1625. Du risque des choses qu'on est dans l'usage de goûter ou de vérifier avant d'en faire l'achat. Distinctions entre les matières civiles et les matières commerciales ; entre les choses présentes et les choses absentes. — 1626. De la chose vendue sur échantillon. — 1627. Conventions dérogatoires. — 1628. Du risque en matière de dation en payement. — 1629. Celui qui supporte la perte supporte en général la détérioration, et profite de l'accroissement. — 1630. Règles particulières en matière d'obligations alternatives ;... d'obligations sous condition suspensive ;... de vente à l'essai. Renvoi. — 1631. Transition au paragraphe suivant. De la demeure en ce qui touche son effet résolutoire. Renvoi.

1614. Comme nous l'avons déjà vu (1), l'obligation de veiller à la conservation de la chose est une des suites de l'obligation de donner (2). Aux termes de l'article 1137 du Code civil, « l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. — Cette obligation est plus ou moins étendue, ajoute le même article, relativement à certains contrats dont les effets à cet égard sont expliqués sous les titres qui les concernent. » Il suit de là que, en règle générale, celui qui est obligé de veiller à la conservation d'une chose est en faute s'il n'apporte pas à cette conservation tous les soins d'un bon père de famille ; qu'en certains cas particuliers il peut être en faute, bien qu'il ait fait plus, et qu'en certains autres cas il peut n'être pas en faute, bien qu'il ait fait moins. Dans tous les cas où il est en faute, il répond, envers celui à qui appartient la chose qu'il est chargé de conserver, des dommages qu'elle a soufferts par sa faute.

Sauf le point de savoir ce qu'on doit entendre par *les soins d'un bon père de famille*, que le Code prend pour mesure de la vigilance qu'on doit apporter aux affaires des autres, point sur lequel nous reviendrons tout à l'heure, cet article 1137 me paraît parfaitement clair, et je ne puis m'expliquer les critiques auxquelles il a donné lieu, que par la préoccupation de

(1) Voy. *sup.*, n. 1593.
(2) C. civ., 1136.

anciens systèmes sur la prestation des fautes, à laquelle se sont laissés aller même ceux qui les ont combattus comme inapplicables sous l'empire du droit actuel. Ceci demande quelques courtes explications.

1615. Tout le monde sait que dans l'ancien droit français, qui suivait à cet égard les errements du droit romain, on distinguait trois espèces de fautes : la faute lourde, *lata;* la faute légère, *levis;* et la faute très-légère *levissima*, qui correspondaient, la première, aux omissions que les personnes les plus bornées ou les plus négligentes ne commettent pas dans leurs affaires propres ; la seconde, aux omissions que ne commettrait pas le commun des hommes, ou le bon père de famille ; la troisième, aux omissions qu'évite le père de famille très-soigneux et très-diligent. Le débiteur n'était tenu que de la faute lourde dans les contrats faits pour le seul intérêt du créancier ; il était tenu de sa faute légère dans les contrats qui ont pour objet l'intérêt réciproque des parties ; enfin, il était tenu de sa faute même très-légère dans les contrats qui ont pour objet l'intérêt unique de la partie qui avait reçu, et qui devait rendre la chose qui faisait l'objet du contrat (1).

Cette classification des fautes, fort satisfaisante au premier abord sous le rapport purement symétrique, ne l'était pas autant dans la théorie, et laissait beaucoup à désirer dans la pratique. Aussi avait-elle été vivement critiquée, soit par les interpretes du droit romain, qui soutenaient avec raison que la division tripartite des fautes n'est pas exacte ; que les définitions des fautes lourdes, légères et très-légères, n'ont point une signification assez fixe, assez absolue pour les appliquer dans la pratique ; enfin qu'il n'y a aucun moyen de reconnaître la classe à laquelle une faute devrait appartenir (2) ; soit par des auteurs qui, envisageant la question surtout dans ses rapports avec le droit français, n'admettaient que deux es-

(1) Pothier, Observations placées à la suite du *Traité du contrat de mariage;* Vinnius, sur le § *Quib. mod. res contrah.;* Heineccius, *Elem. jur. civ.*

(2) Thomasius, *Dissertatio de usu practico doctrinæ de culparum præstatione in contractibus*, t. II, dissert. p. 1006 ; Doneau, *Comment. jur. civ.*, lib. VII, cap. VII.

pèces de fautes qu'ils mesuraient, l'une sur la diligence qu'un homme attentif à ses affaires a coutume d'y apporter, *qualem diligens paterfamilias adhibere solet :* et l'autre, sur la diligence que le débiteur de qui l'on exige a coutume d'apporter à ses propres affaires, *rebus suis consuetam diligentiam.* Dans le premier cas, c'était une faute légère; dans le second cas, c'était une faute lourde (1).

Mais si on simplifiait la méthode en réduisant les fautes de trois classes à deux, on n'en faisait pas disparaître les inconvénients, qui restaient les mêmes quand il s'agissait de faire passer la classification de la théorie dans la pratique.

1616. C'est cette méthode vicieuse que le Code civil a voulu faire disparaître. Cela résulte très-positivement de l'exposé des motifs présenté au Corps législatif par l'un des auteurs du Code : « Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique, disait M. Bigot-Préameneu, après avoir rappelé la division tripartite des fautes; il n'en faut pas moins sur chaque faute vérifier si l'obligation du débiteur est plus ou moins stricte; quel est l'intérêt des parties; comment elles ont entendu s'obliger; quelles sont les circonstances. Lorsque la conscience du juge a été ainsi éclairée, il n'y a pas besoin de règles générales pour prononcer suivant l'équité. La théorie dans laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une fausse lueur, et devenir la matière de contestations plus nombreuses. L'équité elle-même répugne à des idées subtiles (2). »

L'article 1137 rejetant, en conséquence, les anciennes classifications des fautes, leur donne un régulateur commun, qui est la diligence du bon père de famille, tout en se réservant de demander plus ou moins, relativement à certains contrats qui pourraient se contenter d'une diligence moins éclairée, ou en réclamer une plus active.

Néanmoins, les auteurs qui, en écrivant sur le Code civil, ont eu à s'occuper de la prestation des fautes, se rattachent

(1) Lebrun, *Essai sur la prestation des fautes.* — Voy. une analyse de cet ouvrage fort rare, dans le *Répert.* de M. Merlin, v° *Fautes.*

(2) *Motifs*, t. V, p. 22.

tous aux anciennes classifications, soit qu'ils reconnaissent que le Code les a abolies, soit qu'ils pensent qu'il les a conservées. Ainsi, M. Toullier, qui se prononce pour l'abrogation des anciennes règles admises par les interprètes sur la classification tripartite des fautes, prétend que le débiteur répond de la faute très-légère (1); M. Duranton soutient au contraire que le Code, tout en semblant exclure la théorie des interprètes du droit romain sur la classification des fautes, l'a cependant maintenue, ce qu'il fait résulter de ce que l'article 1137, après avoir pris pour régulateur des fautes la diligence du bon père de famille, dont l'omission constituerait une faute légère, dispose que cette obligation peut être plus étendue, ce qui, suivant lui, conduirait à la faute très-légère, ou moins étendue, ce qui conduirait à la faute lourde (2); enfin, M. Troplong, se plaçant entre M. Toullier et M. Duranton, pense que le Code n'a conservé que la faute lourde et la faute légère, et qu'il exclut toute recherche et toute responsabilité de la faute très-légère (3).

Je ne suivrai pas ces jurisconsultes dans les développements où ils sont entrés, et je n'entreprendrai pas l'examen particulier de leurs doctrines respectives. S'il fallait faire un choix entre elles, j'inclinerais à adopter celle de M. Toullier, qui a le mérite de la simplicité, et qui, en n'admettant qu'une seule espèce de faute, se rapproche davantage du système du Code (4). Mais je me bornerai à adresser à ces trois systèmes un reproche commun qui, s'il est fondé, comme je n'en doute pas, les attaque également tous les trois dans leur base commune.

En effet, tous les trois partent de ce point qu'il y a des fautes qui, considérées d'une manière abstraite, *in abstracto*, sont des fautes lourdes, d'autres des fautes légères, d'autres des fautes très-légères, qui toutes correspondent au père de famille négligent, au bon père de famille, et au père de famille très-diligent, considéré comme être abstrait. M. Duran-

(1) T. VI, n. 230 et suiv.
(2) T. X, n. 398 et suiv.
(3) *De la vente*, t. I, n. 363 et suiv.
(4) Voy. M. Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 279 et suiv.

ton admet expressément cette classification tripartite; M. Troplong n'admet, il est vrai, que la faute lourde et la faute légère, tandis que M. Toullier veut qu'on soit toujours responsable de la faute très-légère; mais il est bien évident qu'admettre un seul de ces degrés dans les fautes, c'est supposer et admettre la classification tout entière, puisqu'il ne peut y avoir de faute légère ou très-légère en elle-même et *in abstracto,* qu'autant qu'il y a d'autres degrés de fautes moins légères et également abstraites qui puissent servir de terme de comparaison.

Or, c'est un point constant que le Code civil a entendu abolir l'ancienne classification des fautes; cela résulte à la fois, et de l'article 1137, et de l'exposé des motifs qui explique clairement le but du législateur et sa volonté de faire disparaître une division qu'il croyait dangereuse dans la pratique; c'est ce qui a été reconnu par les auteurs mêmes que je combats. Comment se fait-il donc qu'ils parlent encore de fautes lourdes, de fautes légères, de fautes très-légères ? Sans doute, il y a des fautes qui, à raison des circonstances, de la position des parties, des obligations particulières qui leur sont imposées, sont plus graves ou plus légères les unes que les autres. Mais il n'y a pas de faute qui, considérée en elle-même, abstraction faite des circonstances de lieu, de temps, de personnes, puisse, dans le système actuel du Code, être classée d'après des données abstraites et une mesure invariable et absolue, comme faute lourde, comme faute légère, ou comme faute très-légère. La gravité de la faute, son existence même, est toujours en rapport avec son imputabilité, c'est-à-dire avec les circonstances dans lesquelles elle se produit. Où il n'y a pas de fait imputable, légalement il n'y a pas de faute. On aura donc beau classer et déterminer les fautes *in abstracto,* par comparaison à des types imaginaires et également abstraits, il faudra toujours dans la pratique les considérer *in concreto,* se tenir auprès du fait et suivre les données réelles de l'affaire pour déterminer l'existence et l'importance des fautes; et alors les divisions théoriques sont plutôt un embarras qu'un secours : la seule loi, c'est la conscience du juge.

Il est vrai que l'article 1137 a eu le tort, lorsqu'il proscrivait

les anciennes classifications des fautes, de se servir d'expressions qui les rappellent, et de prendre pour terme de comparaison des soins dus par celui qui est obligé de veiller à la conservation d'une chose, les soins d'un bon père de famille. Il eût mieux valu dire, en termes très-généraux, que celui qui est obligé de veiller à la conservation d'une chose, est responsable de tous les dommages qui arrivent à cette chose par suite d'un défaut de soins et de surveillance, et que ces soins doivent être plus assidus et cette surveillance plus active dans certains cas que dans d'autres; mais il est bien manifeste qu'il n'a ni voulu ni pu dire autre chose. Il n'a pas voulu maintenir les débris d'une classification arbitraire, et qu'il condamnait en termes exprès; il n'a pu vouloir, en prescrivant de prendre pour mesure des fautes la vigilance d'un bon père de famille, alors qu'il n'y a aucun étalon commun et convenu auquel puisse se rapporter et se mesurer cette vigilance, indiquer un être de raison comme un modèle fixe et immuable, et promulguer ainsi une règle sans sanction et surtout sans application possible. L'article 1137 se résume en un conseil aux juges de n'avoir ni trop de rigueur ni trop d'indulgence, et de ne demander au débiteur que les soins raisonnablement dus à la chose qu'il est chargé de conserver, soit à raison de sa nature, soit à raison des circonstances, variables à l'infini, qui modifient son obligation pour la rendre ou plus large ou plus étroite.

Ainsi entendu, l'article 1137 est d'accord avec les motifs qui en ont inspiré la rédaction; il est d'accord surtout avec l'esprit général du Code, qui est d'introduire l'appréciation éclairée du juge, partout où ne peut pénétrer l'action de la loi, et qui répugne autant aux règles abstraites et purement théoriques, qu'aux définitions dogmatiques qui gênent la conscience, ou qui sont difficilement admises par la raison (1).

1617. Cette interpétration de l'article 1137 est d'accord sur-

(1) Voy. Marcadé, sur l'art. 1137, et M. Demolombe, t. I, n. 402 et suiv. — Voy. aussi la très-intéressante *Monographie sur la prestation des fautes*, par M. Malapert, avocat à la cour de Paris.

tout avec les nécessités de la pratique commerciale qui ne saurait admettre un type unique sur lequel on devrait mesurer toutes les fautes, et qui serait pris comme modèle invariable de la vigilance due par tout débiteur. Il n'y a au contraire rien de plus variable que la mesure des fautes qui peuvent être commises dans les affaires de commerce. Tel fait peut constituer, dans un cas, une faute grave, qui dans un autre cas ne constituera qu'une faute légère, et même pourra ne pas être considéré comme une faute; c'est Casaregis qui le dit : *Retento themate modicæ vel magnæ negligentiæ... cum illa non habeat in jure aliquam determinationem, penitùs ea remittentur arbitrio judicis, et quandoque secundùm subjectam materiam sequitur quod uno casu mora habetur pro parvâ, quæ in alio magna censeretur, et vice versâ* (1).

C'est, du reste, une règle générale, qu'en matière commerciale on est en droit d'exiger plus de vigilance et de soins que dans les matières purement civiles. La valeur vénale des choses dépend de leur état de conservation; et l'on comprend dès lors qu'on soit tenu à plus de soins à l'égard d'une chose destinée à être vendue, qu'à l'égard d'une chose destinée à être consommée dans un délai plus ou moins court. D'un autre côté, le commerçant qui se charge, à quelque titre que ce soit, de la garde d'une chose, est censé connaître tout ce qu'il est nécessaire de faire pour la conservation de cette chose. Il est donc en faute dès qu'il omet, même par ignorance, une des précautions particulières exigées par la chose qu'il est chargé de conserver : *imperitia culpæ adnumeratur* (2). Cette obligation est encore plus étroite pour ceux qui se chargent par état de la garde des choses. Telle est la disposition de la loi 13, § 6, ff. *Locati conducti*, qui rend le dégraisseur responsable des vêtements qui lui ont été donnés pour les nettoyer, et qu'il a laissé ronger par les rats : *Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur.* Et ce texte est applicable, d'après Roccus (3), aux prêteurs sur

(1) *Disc.* 54. n. 34.
(2) L. 132, ff. *De regul. jur.*
(3) *De assecur.*, note 89. n. 165.

gages, en ce qui regarde les objets dont ils deviennent les dépositaires. *Procedit contrà Judæos, custodes montium et alios qui tenent pignora sub usuris, quod si non excutiunt pulverem à rebus sibi pignoratis et hâc causâ rodantur à tineâ, ipsi tenentur.*

D'un autre côté, les soins doivent se mesurer sur le péril auquel est exposée la chose. *In materiâ commercii ubi, ut experientia docet, adeò magnum superimminet periculum, exigitur omnis possibilis, imo exactissima diligentia* (1). C'est pourquoi l'article 221 du Code de commerce porte que tout capitaine, maître ou patron, chargé de la conduite d'un navire ou autre bâtiment, est garant de ses fautes, même légères, dans l'exercice de ses fonctions. Dans tous les cas, l'obligation de celui qui est chargé de conserver peut être limitée ou étendue, soit par la convention, soit par l'usage commercial lorsque cet usage est réputé faire partie de la convention. C'est ce qui fait dire à Casaregis (2), à Ansaldus (3), à Straccha (4), à la rote de Gênes (5), que celui qui ne fait pas tout ce que l'usage et la coutume l'obligent à faire, est en faute et tenu de réparer le dommage qui résulte de sa négligence : *Non faciendo ea quæ consuetudine fieri debebant, tanquam negligentes tenentur ad omne damnum et interesse.*

Mais, je le répète, parce que c'est toujours là qu'il faut en revenir en matière de fautes, soit en droit civil, soit en droit commerçial, il n'y a d'autre arbitre de leur gravité et de leur existence que le juge ; d'autre mesure que les inspirations de la conscience du magistrat éclairée par l'appréçiation intelligente des circonstances, de la position des parties et de la nature de l'affaire.

1618. Nous avons vu que la conséquence directe de l'obligation de conserver est de rendre celui à qui incombe cette obligation responsable des dommages causés à la chose par

(1) Casaregis, *Disc.* 54, n. 35.
(2) *Disc.* 54, n. 34; *Disc.* 225, n. 20.
(3) *Disc.* 39, n. 22.
(4) *Tit. Mand.*, n. 51.
(5) Décis. 191.

suite de sa négligence, ou de l'inexécution de son obligation. Cette inexécution se résout en dommages-intérêts, ainsi que nous le verrons plus tard, en traitant de l'exécution des obligations et des dommages-intérêts (1).

1619. Mais les dommages causés par la négligence ne sont pas les seuls auxquels une chose soit exposée. Elle peut être détériorée ou détruite, soit par un accident de force majeure, soit par l'effet de l'action naturelle du temps sur les parties qui la composent. Cette perte ou cette détérioration, dans laquelle la faute n'entre pour rien, constitue ce qu'on appelle le risque de la chose. Et ici se présente la question de savoir qui, du débiteur ou du créancier, doit supporter le risque de la chose non encore livrée (2).

L'article 1138 du Code civil dispose que l'obligation de livrer la chose, obligation qui est parfaite par le seul consentement des parties contractantes (3), rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas elle reste aux risques de ce dernier.

Deux cas sont donc prévus par cet article : celui où, l'obligation de livrer étant parfaite, la chose n'est pas encore livrée sans que le débiteur soit en retard de la livrer, et celui où il en est en retard. Dans le premier cas, le risque est pour l'acheteur, parce qu'il est propriétaire, *res perit domino;* dans le second cas, le risque est pour le vendeur, parce qu'il doit supporter la peine du retard dans lequel le constitue la mise en demeure. Toutefois, l'une et l'autre hypothèse ont besoin d'explication.

1620. Une première remarque à faire, c'est que l'article 1138 du Code civil est généralement applicable aux matières commerciales comme aux matières civiles : c'est la conséquence directe de ce que la vente commerciale comme la vente civile

(1) Voy. *inf.*, sect. III et IV.

(2) V. M. Larombière, t. I, art. 1328, n. 24; et M. Demolombe, [illegible] n. 423.

(3) Voy. *sup.*, n. 1589 et suiv.

est parfaite par le seul consentement des parties, et suffit pour rendre l'acheteur propriétaire, sans qu'il soit nécessaire pour cela que la chose lui ait été livrée (1). MM. Delamarre et Lepoitvin, tout en soutenant que dans la vente commerciale c'est la tradition qui rend l'acheteur propriétaire, décident cependant que la vente met la chose à ses risques. Ils en donnent pour raison qu'aussitôt que le contrat est formé, encore bien que le vendeur conserve la propriété jusqu'à la tradition, il ne la conserve qu'avec la nécessité d'en investir l'acheteur à sa première demande, moyennant offre de payement du prix, si la vente est au comptant ou à terme échu, et sur sa simple demande, si la vente est à crédit : de telle sorte que, si la chose vendue vient à périr ou à se détériorer, le vendeur cesse de la devoir, ou ne la doit que dans l'état où elle se trouve, tandis que l'acheteur n'en reste pas moins obligé de payer le prix. Ils ne peuvent s'empêcher de reconnaître tout ce qu'il y a d'étrange et de contradictoire dans un pareil système, qui met la perte de la chose à la charge du non-propriétaire, c'est-à-dire qui oblige celui-ci à payer le prix d'une chose dont on ne pourra lui faire livraison, une chose dont la livraison seule pouvait lui donner la propriété, et à remplir ainsi une obligation, qui, dans ce système, est corrélative de celle de livrer. Mais, disent-ils, bien que l'obligation de l'acheteur et celle du vendeur soient des obligations corrélatives, elles sont également principales, et chacune d'elles a son objet distinct. L'un s'engage à livrer un corps certain (*species*), qui peut périr; l'autre, à payer une somme (*genus*), qui ne périt pas. Si le corps certain vient à périr, l'obligation du vendeur n'ayant plus d'objet s'anéantit; mais l'obligation de l'acheteur subsiste, parce que l'exécution en est toujours possible.

Cette théorie renouvelée du droit romain est assurément plus subtile qu'exacte; aussi presque tous les auteurs qui se sont occupés du droit naturel, rejettent, comme lui étant contraire, la disposition du droit romain, qui mettait les risques à la charge de l'acquéreur, bien qu'il ne devînt pas

(1) Voy. *sup.*, n. 1589 et suiv.

propriétaire par l'effet du contrat (1). Pothier lui-même, (beaucoup contribué à faire passer cette théorie dans n droit français, ne peut s'empêcher de reconnaître qu'elle difficulté (2); et il est remarquable que les législation l'antiquité, antérieures au droit romain ou contemporaine ce droit, qui, pas plus que lui, n'accordaient au contrat un effet translatif de propriété, laissaient la chose risques du débiteur jusqu'à la délivrance (3); et que certa législations modernes, tout en suivant les mêmes prin que le droit romain, sur la nécessité de la tradition, co moyen translatif de propriété, n'en ont pas moins suiv principes de la logique et de la raison, en laissant la chose livrée à la charge du débiteur qui en reste propriétaire (faut donc dire, avec M.Troplong, que la théorie du Code sur la transmission de la propriété par l'énergie de la co tion, a seule pu faire régner une parfaite harmonie entr notions du droit naturel et la règle que la chose périt l'acheteur. Cette règle ne peut être vraie et fondée en comme en équité, soit dans le droit civil, soit dans le commercial, qu'autant que l'acheteur ou le créancie propriétaire de la chose qui lui est due.

1621. Il suit de là que dans les ventes soumises à une dition qui a pour effet d'empêcher que l'acheteur ne devi propriétaire jusqu'à l'événement de cette condition, la c ne passe à ses risques que lorsque la condition s'est accom

C'est ce qui a lieu dans le cas où la vente a pour objet un corps certain et déterminé, mais une chose qui déterminée que par son espèce ou sa qualité ; dans ce la vente ne devenant parfaite que lorsque le choix fail l'acheteur ou l'expédition qui lui est faite par le ven d'une chose de l'espèce et de la qualité voulue, a indivi lisé l'objet de la vente, c'est alors seulement que la (passe aux risques de l'acheteur.

(1) Puffendorf, liv. V, ch. v, § 3; Grotius, liv. II, ch. XII, § 15, n. 3 beyrac sur Grotius, *ibid.*, note 5.

(2) *De la vente*, n. 307.

(3) Voy. les exemples et les autorités cités par Grotius, *ubi sup.*

(4) Celle de l'Autriche, par exemple, art. 1048, 1051, 1064.

1622. C'est encore ce qui a lieu dans la vente des choses qui se vendent au poids, au compte ou à la mesure. L'article 1565 du Code civil dispose formellement que, dans ce cas, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées (1). Mais, comme nous l'avons déjà vu (2), lorsque la chose vendue est absente, et doit être expédiée sur commande à l'acheteur, le vendeur peut faire lui-même le compte, le pesage et le mesurage, pour le compte et comme mandataire de l'acheteur auquel il expédie la chose, et alors cette expédition, qui l'individualise, fait passer les risques au compte du vendeur, comme lorsqu'il s'agit de l'expédition d'une chose indéterminée.

1623. Toutefois, il faut remarquer que dans tous les cas où l'expédition est nécessaire pour individualiser, déterminer la chose, en opérer la livraison et la faire passer aux risques de l'acheteur, les conventions particulières peuvent laisser cette chose, bien qu'expédiée, aux risques du vendeur. C'est ce qui résulte de l'article 100 du Code de commerce dont j'ai déjà donné une explication à laquelle il suffit de se reporter (3).

1624. Remarquons, de plus, que si des marchandises susceptibles d'être vendues au poids, au compte ou à la mesure, sont vendues en bloc, la vente est parfaite aux termes de l'article 1586, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées ; elles sont donc aux risques de l'acheteur avant le pesage, le comptage ou le mesurage.

1625. Quant aux choses, telles que le vin, l'huile et autres que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, et qui, selon la disposition de l'article 1587 du Code civil, ne sont point vendues tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées, elles ne sont pas aux risques de l'acheteur avant d'avoir été goûtées et agréées, puisque, jusqu'à la dégustation et à l'agrément, il est incertain si la

(1) V. Cass., 24 mars 1860, S., 61, n. 778.
(2) Voy. *sup.*, n. 1598.
(3) Voy. *sup.*, n. 1599.

vente sera parfaite et si l'acheteur deviendra propriétaire.

Toutefois, si l'acheteur prenait livraison de la chose avant de l'avoir dégustée et vérifiée, elle passerait à ses risques, quoiqu'elle restât encore en la possession du vendeur. C'est ce qui a lieu lorsque l'acheteur met sa marque sur les fûts contenant les liquides ou autres marchandises et qu'il dépendait de lui de goûter avant de les agréer. De deux choses l'une : ou la marque prouve que l'acheteur a renoncé à la dégustation qu'il avait droit de faire, ou elle fait présumer que cette dégustation a été faite et suivie d'agrément. « Et après le vin vendu, bien et dûment rempli pour une fois en présence du marchand et courtier, disait l'article 142 de la Coutume d'Auxerre, ne sera tenu le vendeur y fournir après ni bailler autre remplissage, après qu'il aura été marqué, mais demeurera dès lors au péril et fortune du marchand, supposé qu'il soit encore en cave et possession du vendeur (1). »

Il en serait ainsi, même en l'absence de toute livraison, s'il résultait des circonstances dans lesquelles la vente a été faite, que l'acheteur a renoncé à la dégustation ou à la vérification : alors la vente serait pure et simple, sans condition; elle rendrait conséquemment l'acquéreur propriétaire, et mettrait la chose à ses risques.

Cette renonciation se présume principalement en matière de vente commerciale, où la chose est achetée non pour être consommée par l'acheteur et pour satisfaire à son goût particulier, mais pour être revendue et pour satisfaire ainsi au goût général ; et sur le point de savoir si la chose satisfait au goût général, en d'autres termes, si la chose est loyale et marchande, l'acheteur peut s'en remettre à la promesse du vendeur. La qualité de la chose devient alors simplement une condition résolutoire pour le cas où elle ne serait pas telle que le vendeur l'a promise; ce qui, en cas de contestation, devrait être vérifié judiciairement; mais jusqu'à la réalisation de cette condition, la vente est parfaite et la chose vendue est aux risques de l'acheteur (2).

(1) Voy. *sup.*, n. 1606.
(2) Voy. Cass ; 29 mars 1826, S., 36, 1, 566; MM. Delamarre et

Mais s'il résultait des circonstances que le point de savoir *si* la chose est loyale et marchande doit être remis à l'arbitrage d'un tiers, la condition de dégustation et d'agrément se représenterait; et, quelle que fût la personne par qui la dégustation dût être faite, l'effet de la vente se trouverait suspendu jusqu'à l'accomplissement de cette condition, et la perte qui arriverait dans l'intervalle serait pour le compte du vendeur (1).

Il est du reste un cas particulier où la renonciation à la dégustation doit toujours se présumer, où l'acheteur est toujours réputé s'en remettre au goût du vendeur, où par conséquent la vente est parfaite, sous la condition résolutoire que la chose sera loyale et marchande, et où, par une nouvelle conséquence, la chose vendue est aux risques de l'acheteur avant toute vérification. C'est le cas où il s'agit d'une chose absente qui est expédiée à l'acheteur, sur sa demande, par le vendeur. Bien que la chose soit de celles qu'on est dans l'usage de goûter et d'agréer avant de les acheter, cependant, quand, à raison de leur absence, on ne peut pas les goûter soi-même, et qu'on ne commet pas un tiers pour en faire la vérification, l'ordre donné au vendeur de les expédier emporte renonciation à la faculté de les goûter et de les vérifier, et suppose que l'acheteur, qui a demandé au vendeur telle marchandise, de telle qualité, s'en est rapporté sur ce point à la bonne foi de ce dernier, et ne s'est réservé d'autre droit que celui d'obtenir la résolution de la vente, si, après vérification de la chose faite en justice, elle n'avait pas les qualités stipulées, ou si elle n'était pas loyale et marchande. On ne comprendrait pas en effet comment un vendeur consentirait, en expédiant une chose non vendue, à courir les risques inséparables du voyage et du déplacement, pour se mettre à la discrétion de l'acheteur qui pourrait refuser arbitrairement la marchandise, sous prétexte qu'elle ne conviendrait pas à son goût particulier. La chose expédiée voyage donc, dans ce cas, aux

Lepoitvin, t. III, p. 410; M. Troplong, *De la vente*, t. I, n. 99; M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 410.

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 409.

risques de l'acheteur, d'une part, parce que l'expédition em porte livraison, ainsi que je l'ai déjà expliqué (1), et que l chose livrée passe aux risques de celui à qui elle est livrée; e d'autre part, parce que la livraison faite et acceptée suppose ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure, que l'acheteur renonce déguster ou à vérifier (2). Pour qu'il en fût autrement, dar notre hypothèse, il faudrait que, par une stipulation particu lière, l'acheteur se fût réservé une faculté de dégustatio ou de vérification qui laissât la chose aux risques du vendeu

Cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 5 décembr 1842 (3), a jugé le contraire, en rejetant le pourvoi form contre un jugement qui avait décidé qu'un acheteur avait p arbitrairement refuser, parce qu'il ne les agréait pas, des vir qui lui avaient été expédiés sur sa demande. « Attendu, port cet arrêt, qu'il ne résulte du jugement attaqué aucune conver tion, aucun usage qui ait dérogé au texte littéral et formel d l'article 1587. » Dans ce système, le fait de l'exécution de l vente au moyen de l'expédition et de la livraison ne suffirai pas pour écarter l'application de l'article 1587; il faudrait d plus une convention textuelle, comme si l'exécution d'un vente qui a pour objet des marchandises qu'on est dans l'usag de goûter et d'agréer n'était pas la dérogation la plus express et la plus manifeste à l'article 1587, qui porte qu'il n'y a pa vente tant que la marchandise n'a été ni goûtée ni agréée Cet arrêt est donc en contradiction évidente avec la vérité de choses et les principes du droit sur la livraison et ses consé quences (4).

Il n'y a plus, je crois que la renonciation à la dégustation qui résulte de l'expédition faite sur demande de choses qu'o est dans l'usage de goûter, a lieu non-seulement quand s'agit d'une vente commerciale, c'est-à-dire d'un achat fa dans la vue d'une revente, mais encore quand il s'agit d'u

(1) Voy. *sup.*, n. 1598.
(2) Voy. *sup.* n. 1610.
(3) Dev., 43, 1. 89.
(4) Cet arrêt de rejet est de la Chambre civile; la Chambre des req avait admis le pourvoi sur le rapport de M. Troplong.

vente civile, c'est-à-dire quand l'achat est fait par un consommateur. La position de l'acheteur est dans les deux cas la même, relativement au vendeur; quel que soit le but de l'achat, l'acheteur peut renoncer à la dégustation, et il est réputé y renoncer lorsqu'il charge le vendeur, qui n'a pas à s'enquérir de la destination future de la chose expédiée, de lui expédier la marchandise, et qu'il lui donne l'ordre de s'en dessaisir par le fait d'une livraison qui entraîne avec elle la responsabilité du risque (1).

1626. A plus forte raison, la chose vendue, bien qu'elle soit de celles qui se goûtent, est-elle mise aux risques de l'acheteur, par l'expédition qui en consomme la tradition, si elle a été vendue sur échantillons, c'est-à-dire si l'acheteur, après avoir goûté et agréé les échantillons, a demandé expédition de marchandises semblables aux échantillons qui sont restés en sa possession; la vente est alors parfaite, sous la condition résolutoire que les marchandises expédiées seront conformes à l'échantillon.

1627. Du reste, il faut encore appliquer ici une observation que j'ai déjà faite en parlant des effets de l'expédition sous le rapport des risques (2): c'est qu'il est permis aux parties de déroger à la règle générale qui met les risques à la charge de l'acheteur. On peut se reporter à cet égard aux explications que j'ai déjà données sur l'article 100 du Code de commerce (3).

1628. Si dans l'exposition des règles qui précèdent, j'ai pris habituellement des exemples dans le contrat de vente, c'est que de tous les contrats intéressés ou à titre onéreux, c'est celui dans lequel se retrouvent à un degré plus éminent et d'une manière plus apparente les caractères et les effets que le Code attribue aux contrats en général, en ce qui touche la transmission de la propriété et les conséquences légales de cette

(1) Le point de savoir si la dégustation doit être faite au lieu où se trouve la marchandise au moment de la vente ou au lieu de la livraison dépend des conventions ou des circonstances. V. Besançon, 4 juillet 1862, et 13 janvier 1863, S., 63, 2, 42.

(2) Voy. *sup.*, n. 1623.

(3) *Ibid.*, n. 1599.

transmission. Il est d'autres contrats qui, bien qu'ayant beaucoup de rapports avec la vente, n'en produisent pas tous les effets sous le point de vue particulier de la transmission de la propriété et des risques. Telle est la dation en payement. Dans cette espèce de contrat, le risque, ainsi que le font très-bien observer MM. Delamarre et Lepoitvin, n'est déplacé que par la tradition effectuée ou régulièrement offerte, puisqu'on ne peut être payé avant d'avoir reçu la chose, et que jusque-là la propriété de la chose et conséquemment le risque continuent de reposer sur la tête du débiteur (1).

1629. Remarquons encore, qu'en règle générale, celui qui supporte la perte, supporte la simple détérioration; et que celui qui est chargé du risque profite de l'accroissement ou de l'augment de la chose due.

1630. Il y a en matière de risque des règles particulières aux obligations alternatives (2).

Il en est aussi de particulières aux obligations contractées sous une condition suspensive, et spécialement à la vente à l'essai, qui, aux termes de l'article 1588 du Code civil, est toujours réputée faite sous une condition suspensive (3). Je les examinerai en traitant des diverses espèces d'obligations.

1631. Je passe maintenant à ce qui concerne les effets de la demeure sur les risques de la chose due. La demeure produit également des effets particuliers en ce qui touche la résolution des conventions, et les dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation; mais ce sont là des points de vue particuliers auxquels nous ne nous plaçons pas encore (4).

§ 3. — *De la demeure sous le rapport des risques.*

SOMMAIRE. — 1632. Ce que c'est qu'être en demeure. Le créancier peut être en demeure aussi bien que le débiteur. Différence entre les effets de la mise en demeure du débiteur et de la mise en demeure du créancier. — 1633. La demeure ne déplace que les risques postérieurs à la demeure. — 1634. Effets de la demeure sur le risque qui consiste dans l'abaisse-

(1) T. III, p. 300.
(2) Voy. *inf.*, ch. IV, sect. III.
(3) *Ibid.*, ch. IV, sect. I, § 2.
(4) *Ibid.*, sect. III et IV.

ment du prix. Hypothèses diverses. — 1635. Comment a lieu la mise en demeure : *ex personâ ; ex contractu ; ex lege ?* — 1636. Les moyens sont les mêmes, soit qu'il s'agisse du débiteur, soit qu'il s'agisse du créancier. — 1637. De la mise en demeure *ex personâ*. Interpellation, sommation ou autre acte équivalent. Acte privé. Correspondance. — 1638. Interpellation verbale; preuve par témoins ou par présomptions. — 1639. Serment. — 1640. L'interpellation ne constitue le débiteur en demeure qu'autant qu'il ne s'exécute pas de suite ou dans un bref délai. — 1641. Mise en demeure *ex contractu*, par l'échéance du terme fixé par la convention. — 1642. Il faut que le terme soit certain, et qu'il ne dépende pas de la volonté du créancier. — 1643. L'échéance du terme ne met le débiteur en demeure que lorsque le retard n'est pas du fait du créancier. — 1644. Mise en demeure *ex lege* par l'échéance du terme fixé par la loi. Exemple pris du prêt à l'usage. — 1645. De la purge de la demeure.

1632. Nous avons vu que, aux termes de l'article 1138 du Code civil, l'obligation de livrer une chose rend le créancier propriétaire de cette chose, et la met à ses risques, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Être en demeure, c'est être en retard de faire une chose. L'effet de ce retard, quant aux risques, est de les mettre à la charge du retardataire qui, avant d'être en demeure, n'en était pas chargé; et, bien que l'article 1138 ne s'occupe que du cas où c'est le débiteur qui est en demeure de livrer la chose, en transportant sur la tête de ce dernier les risques de la chose qui, avant la demeure, pesaient sur le créancier, il n'est pas moins certain que, dans le cas où une circonstance particulière met, avant la demeure, les risques à la charge du débiteur, la demeure dans laquelle le créancier se trouverait constitué de remplir une condition dont l'effet serait de le charger des risques, en décharge le débiteur. C'est ce qui a lieu lorsqu'une vente a été faite sous une condition qui laisse les risques à la charge du vendeur par exemple, avec stipulation qu'il restera chargé de la marchandise jusqu'à la livraison : le retard de l'acheteur pour prendre livraison fait passer sur sa tête les risques qui auparavant reposaient sur celle du vendeur.

Toutefois, il y a une différence entre les effets du dépla-

cement du risque qui passe de l'acheteur au vendeur, et les effets de ce déplacement quand le risque passe du vendeur à l'acheteur. Dans le premier cas, le vendeur ou le débiteur qui, par suite de la demeure, se trouve chargé des risques et conséquemment du cas fortuit, peut se décharger de ce cas fortuit en prouvant que la chose eût également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée; et on présume alors qu'elle n'eût pas péri chez le créancier, si c'est un marchand qui achète pour revendre (1). Dans le second cas, l'acheteur ou le créancier qui, étant en retard de prendre livraison, se trouve chargé des risques, ne pourrait se décharger du cas fortuit en prouvant que la chose eût également péri si la livraison lui avait été faite, puisque le créancier qui est en retard de prendre livraison ne peut être dans une position meilleure que celui qui a pris livraison, et puisque celui qui aurait pris livraison ne pourrait évidemment pas rejeter les risques quels qu'ils fussent, sur le débiteur qui se serait libéré (2).

1633. En règle générale, la demeure, en déplaçant les risques, ne transporte de l'un à l'autre des contractants que les risques postérieurs à la demeure. Si donc, avant la demeure, la chose a déjà subi une détérioration, et qu'après la demeure elle en subisse une nouvelle ou vienne à se perdre, celui des contractants qui est en demeure ne supporte la détérioration ou la perte, que sous la déduction de la détérioration antérieure. Il en est ainsi, soit que la demeure du vendeur fasse passer sur sa tête les risques qui pesaient antérieurement sur l'acheteur; soit que le retard de l'acheteur attire sur lui la responsabilité des risques que le contrat mettait à la charge du vendeur.

1634. Mais en est-il ainsi lorsque le risque consiste, non dans une détérioration matérielle, mais dans un abaissement du prix courant qui diminue la valeur vénale de la chose?

Il faut remarquer d'abord que l'abaissement de valeur ne peut constituer un risque, à la charge du vendeur, qu'autant qu'il est en demeure de livrer ; la convention expresse ou

(1) Rogue, *Jurispr. consul.*, t. I, p. 287.
(2) C. civ., 1302.

tacite qui laisserait les risques à sa charge jusqu'à la livraison ne peut avoir pour effet de le charger du risque immatériel résultant d'un abaissement de valeur, et de changer ainsi le prix de vente irrévocablement fixé au moment du contrat. L'acheteur avait le droit de prendre livraison ; la livraison prise, la moins-value était à sa charge ; il ne peut dès lors, en reculant devant l'exercice de son droit, modifier les bases de la convention. Il suit de là que, si l'acheteur vient à être constitué en demeure de prendre livraison, et conséquemment à être chargé des risques qui, originairement, regardaient le vendeur, il supporte non-seulement la moins-value postérieure à la demeure, mais encore la moins-value antérieure: C'est là une dérogation à la règle générale qui ne fait supporter au retardataire que les risques postérieurs au retard.

Les variations de prix, en cas de déplacement du risque, peuvent donner lieu à d'autres questions.

Nous venons de voir que la moins-value qui résulte de l'abaissement du prix courant est à la charge du vendeur lorsqu'il est mis en demeure de livrer. Il résulte de là que, si depuis la mise en demeure la chose dont le prix a baissé vient à périr, l'acheteur se trouve complétement libéré, s'il était encore redevable du prix ; et que ce prix doit lui être restitué en entier, s'il l'avait payé, sans que le vendeur fût recevable à se prévaloir de la diminution du prix pour prétendre que la perte n'est que du prix courant au moment de la perte, et que l'acheteur doit supporter la différence.

Mais, réciproquement, si depuis la demeure le prix courant avait augmenté, l'acheteur ne pourrait, en cas de perte de la chose, répéter contre le vendeur en demeure de livrer la différence en plus entre le prix d'achat et le prix courant au moment de la perte, sauf les dommages-intérêts auxquels il pourrait avoir droit à raison des bénéfices que le défaut de livraison l'aurait empêché de réaliser (1).

Si, au contraire, c'est l'acheteur qui est en demeure de prendre livraison, de telle sorte qu'il se trouve chargé des risques que le contrat faisait antérieurement porter sur le

(1) C. civ., 1147.

vendeur, comme on ne peut rendre le vendeur responsable, ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure, des risques résultant de la moins-value antérieure à la demeure, l'acheteur doit, en cas de perte de la chose, supporter tout le dommage, sans pouvoir exercer aucune répétition contre le vendeur.

1635. Les effets de la demeure ainsi déterminés, voyons maintenant en quoi elle consiste et comment elle a lieu.

Aux termes de l'article 1139 du Code civil, « le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. »

Suivant cet article, la demeure résulte donc de deux sortes de faits, d'abord d'une sommation ou interpellation adressée par le débiteur au créancier: c'est ce que les anciens jurisconsultes appelaient *mora ex personâ ;* ensuite de l'échéance du terme conventionnel, sans interpellation du créancier ; c'est ce qu'on appelait *mora ex contractu.*

On doit encore admettre une troisième sorte de mise en demeure ; c'est la demeure légale, *ex lege.* Elle a lieu quand la loi fixe elle-même un délai, passé lequel le débiteur se trouve de plein droit en demeure. *Dies legalis, sicut dies ab homine constitutus ad solvendum, in morâ constituit* (1).

Le fait de l'homme, l'échéance du terme, la volonté de la loi, c'est à ces trois ordres de faits que se rapportent tous les moyens par lesquels le débiteur peut être mis en demeure. *Sciendum est non ab homine tantun interpellationem fieri, sed et legem atque etiam diem pro homine interpellare, si modo dies certus obligationi adjectus sit* (2).

1636. C'est du reste une observation générale que les moyens de constituer la demeure sont les mêmes, soit qu'il s'agisse du créancier, soit qu'il s'agisse du débiteur (3). L'article 1139, il est vrai, ne parle textuellement que du débiteur ; mais dans cet article le mot débiteur est un terme général qui s'applique

(1) Casaregis, *Disc.* 40, n. 8 ; *Disc.* 41, n. 4.
(2) Voët, *Ad Pandect.*, liv. XXII, tit. I, n. 26.
(3) Casaregis, *Disc.* 161, n. 29 et suiv.

aussi bien à celui qui doit livrer une chose qu'à celui qui doit faire une chose, et qui comprend dès lors le créancier, quand ce créancier doit faire une chose, par exemple prendre livraison.

1637. Examinons maintenant comment le débiteur ou l'obligé est constitué en demeure par les divers moyens qui viennent d'être indiqués.

Le débiteur est constitué en demeure *ex personâ*, d'après l'article 1139, par une sommation, ou par un autre acte équivalent : en d'autres termes, lorsque le débiteur est personnellement et directement interpellé d'accomplir son obligation. Mais, pour que cette interpellation soit directe et personnelle, il n'est pas nécessaire qu'elle soit adressée au débiteur en personne ; il suffit qu'elle soit adressée à son commis ou à son mandataire : *et sic interpellatio sufficit quandò ea fit institori, administratori, vel procuratori principalis debitoris* (1). Réciproquement, l'interpellation est efficace, soit qu'elle émane du créancier lui-même, ou de son mandataire : *vel saltem a procuratore habente ad id speciale mandatum*, dit Casaregis (2). Le mandat spécial dont parle Casaregis doit s'entendre, non d'un mandat pour l'interpellation, mais d'un mandat pour l'affaire qui nécessite l'interpellation. Ainsi celui à qui l'acheteur a donné pouvoir de prendre livraison a un pouvoir suffisant pour sommer le vendeur d'opérer cette livraison, et, par suite, pour le constituer en demeure.

De ce que l'article 1139 exige une sommation ou un autre acte équivalent, il faut en conclure que la mise en demeure peut résulter non-seulement d'une sommation proprement dite, c'est-à-dire d'un acte émanant d'un officier public, et ayant un caractère authentique, mais d'un simple acte privé qui aurait donné connaissance au débiteur de l'intention formelle du créancier d'être sans retard livré de la chose. Aussi tous les anciens docteurs en droit commercial décident-ils qu'il n'est pas nécessaire, pour constituer la demeure, que l'interpellation soit *judiciaire ;* et qu'il suffit d'une interpellation *extrajudiciaire : quod sufficiat interpellatio extrajudicialis*

(1) Casaregis, *Disc.* 5, n. 6 et 7.
(2) *Disc.* 170, n. 25.

ad constituendum debitorem in morâ (1). Et à cette expression extrajudiciaire, il ne faut pas attribuer ici le sens qu'elle obtient dans le langage de la procédure, qui donne cette qualification aux actes signifiés par huissier en dehors d'une instance. On doit entendre par là un acte privé, à la validité et à l'essence duquel ne concourent aucune des formalités intrinsèques ou extrinsèques des exploits ou des actes du ministère d'un huissier ou de tout autre officier publics (2).

Il suit de là qu'un débiteur peut être valablement mis en demeure par une lettre de son créancier qui l'interpellerait de lui livrer la chose due (3). Mais je ne pense pas, contrairement à l'opinion de M. Pardessus (4), qu'un débiteur puisse lui-même se constituer en demeure par la lettre qu'il écrit à son créancier pour reconnaître qu'il doit. Cette lettre prouve la dette, et voilà tout. Or, un débiteur n'est pas en demeure de payer par cela seul qu'il doit. *Repugnat*, disait très-bien Scaccia (5), *ut quis eodem tempore seu momento obligetur et constituatur in morâ, seu contrahatur obligatio et mora* (6). Il faut de plus un acte ou un fait qui l'interpelle de payer ou de livrer; et, comme il ne peut s'interpeller lui-même, il est manifeste que la mise en demeure par lettre ne peut résulter uniquement d'une lettre du débiteur. Néanmoins, la lettre par laquelle le débiteur accuserait réception de celle qui l'interpelle, et même la lettre par laquelle il se reconnaitrait dûment averti de livrer par suite d'une simple communication écrite ou verbale qui lui aurait été faite, suffiraient pour le constituer en demeure. Ainsi entendu, et dans ces limites, j'adopte l'avis de M. Pardessus. Cet effet des lettres respectivement écrites est fort bien expliqué par la Rote de Gênes (7).

(1) Casaregis, *Disc.* 50, n. 37.

(2) Rote de Gênes, décis. 175, n. 14; Toullier, t. VI, n. 253.

(3) Rote de Gênes, *ibid.*, n. 15 et 16, et décis. 24, n. 8.

(4) T. I, n. 255.

(5) *De com. et camb.*, § 1, quæst. 1, n. 386.

(6) *Ibid.*

(7) *Et quod talibus temporibus fuerit in morâ constitutus apparet ex litteris aliquibus dicti Augustini* (le créancier) *ad dictum Christophorum* (le débiteur) *scriptis, et etiam ex litteris dicti Christophori responsivis, et*

1638. Il suit de là qu'une interpellation verbale peut suffire, lorsque, dans un acte émané du débiteur, par exemple dans une lettre, celui-ci reconnaît le fait de l'interpellation et de la mise en demeure. En supposant, en effet, que l'article 1139 exige un acte écrit pour constituer en demeure le débiteur retardataire, il est évident que le débiteur pourrait renoncer à une formalité établie en sa faveur, et se reconnaître suffisamment interpellé par une simple déclaration verbale.

Mais lorsque l'interpellation verbale n'est pas établie par un acte émané du débiteur auquel elle est adressée, le créancier peut-il en faire la preuve autrement que par écrit, c'est-à-dire par présomption ou par témoins? En droit civil, la négative n'est pas douteuse. L'article 1139 est précis sur ce point, et il ne fait en cela que reproduire les anciens principes du droit français (1).

Mais en droit commercial il en est autrement, et la question était affirmativement résolue par Casaregis, à qui elle ne semblait pas devoir être douteuse. *Cùm sufficiat de jure ad effectum constituendi debitorem in morâ quæcumque interpellatio, non solùm extrajudicialis, sed etiam ea quomodocumque secuta, licèt per præsumptiones et verisimilitudines probata fuerit, dummodò in substantiâ aliquo modo debitor scire vel intelligere potuerit creditoris voluntatem esse, ne sibi solutio per debitorem differatur* (2). Telle était aussi l'opinion du cardinal de Luca (3), qui atteste que la Rote romaine s'était plusieurs fois prononcée dans le même sens (4). Et avant eux Scaccia, invoquant aussi des autorités antérieures, n'avait pas hésité à dire que si une interpellation était nécessaire, son existence pouvait être prouvée soit par un acte écrit, soit par témoins : *Non solùm est necessaria interpellatio, sed est necessaria notificatio per instrumentum, vel saltem per testes* (5).

maximè ex scriptis per Augustinum in quibus apparet de dictâ interpellatione, quas negare non potest Christophorus habuisse cum eis responsum præbeat per alias.... (Décis. 175, n. 15.)

(1) Toullier, t. VI, n. 253; Danty, ch. x.

(2) *Disc.* 41, n. 29 et suiv.; et *Disc.* 50, n. 38.

(3) *De usur.*, *Disc.* 34, n. 10; et *Disc.* 35, n. 18.

(4) *Ibid.*, décis. 9, n. 2, 3 et 4.

(5) *De com. et camb.*, § 1, quæst. 1, n. 386.

On peut donc tenir pour certain que, dans l'ancien droit commercial italien, l'interpellation nécessaire pour constituer la demeure pouvait être prouvée, en l'absence d'un acte écrit, par témoins ou par présomptions.

L'ancien droit commercial français n'offre aucun renseignement sur ce point; et de tous les auteurs antérieurs au Code de commerce, un seul, à ma connaissance, s'explique sur la mise en demeure en matière d'obligations commerciales : c'est Rogue. Le débiteur, dit-il, est constitué en demeure par un commandement, lorsque le titre est exécutoire, ou par une assignation, lorsque le titre n'est pas exécutoire (1). Mais il me semble résulter des hypothèses dans lesquelles il se place, qu'il décide la question par l'application des principes généraux du droit civil, plutôt que par application des principes particuliers du droit commercial. Il suppose en effet qu'il y a toujours un titre exécutoire ou non exécutoire, tandis que le plus ordinairement, dans les contrats commerciaux qui ont pour objet une chose à livrer, il n'y a ni titre ni acte écrit, mais une simple convention verbale. Or, quand la convention principale peut être prouvée par témoins, ainsi que nous le verrons plus tard (2), je n'aperçois aucune raison qui empêche de prouver par témoins ou par présomptions les faits qui sont la conséquence de cette convention. Pour repousser, quand il s'agit de mise en demeure, l'application des principes qui sont de droit commun en matière commerciale sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, il faudrait trouver dans le droit commercial lui-même une disposition formellement dérogatoire à ces principes; car l'article 1139 du Code civil, considéré comme exclusif de la preuve testimoniale ou des présomptions en matière de mise en demeure, dispose dans un ordre d'idées particulier au droit civil, et ne peut dès lors avoir aucune autorité dans le droit commercial qui est régi, en ce qui touche l'admissibilité de la preuve testimoniale et des présomptions, par des principes tout différents. Je pense donc que le fait de l'interpellation constitutive

(1) *Jurispr. consul.*, t. I, p. 287.
(2) Voy. *inf.*, ch. VI.

de la mise en demeure, peut être prouvé par témoins ou par présomptions.

1639. La preuve de la mise en demeure peut même, selon Scacia, résulter du serment (1).

1640. Est il vrai, comme le prétend Casaregis, que l'interpellation judiciaire ou extrajudiciaire ne constitue le débituer en demeure que lorsque, depuis l'interpellation, il s'est écoulé un délai moralement suffisant pour qu'il ait pu remplir son obligation ; délai plus ou moins long, suivant les circonstances de temps et de lieu, et qui, d'après Casaregis, pourrait être de trois et même de dix jours : *Tempus modicum trium vel decem dierum, intra quos debitor non dicitur in morâ* (2)? Cela me paraît douteux, alors surtout que la convention fixe un terme ou un délai pour la livraison, après l'échéance duquel a eu lieu l'interpellation : le débiteur, dans ce cas, est en faute s'il ne livre pas à l'échéance.

1641. Le débiteur est constitué en demeure *ex contractu* par la seule échéance du terme, lorsque telle est la couvention des parties. Il n'est pas nécessaire que cette convention soit expresse : elle peut être présumée. Il est vrai que l'article 1139 du Code civil semble supposer le contraire. « Le débiteur, dit cet article, est constitué en demeure... par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. » Et M. Toullier va même jusqu'à penser que cette formule est sacramentelle, et que la convention doit exprimer en termes précis que le débiteur sera constitué en demeure, *sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme* (3). Mais le droit commercial admettant toujours les conventions verbales, il est manifeste que les clauses et conditions accessoires de la convention peuvent être arrêtées verbalement, comme la convention principale, se prouver de la même manière, et qu'il ne saurait par conséquent être ici question de clauses

(1) *De com. et camb.*, § 1, quæst. 1, n. 387.
(2) *Disc.*, 161, n. 32.
(3) T. VI, n. 249.

nécessaires et exprimées, ni à plus forte raison, de clauses exprimées dans une forme sacramentelle (1).

Donc, dans tous les cas où il y a lieu de présumer que le terme fixé pour l'exécution de la convention est un terme de rigueur, et qu'il a été dans l'intention des parties que, passé ce terme, le débiteur fût en demeure, la demeure a lieu de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une interpellation. Dans ce cas, c'est l'échéance du terme qui interpelle le débiteur et qui remplit l'office d'une sommation ou de tout autre acte particulier : *Dies interpellat pro homine atque constituit in morâ* (2).

1642. Mais il est évident que le terme ne peut interpeller le débiteur que lorsqu'il est certain et déterminé : *Dies incerta seu indefinita non interpellat pro homine* (3). Il n'en serait autrement que si l'incertitude du terme dépendait d'une condition dont l'événement le rendrait certain; alors, l'échéance du terme, après l'événement de la condition qui le détermine, pourrait constituer le débiteur en demeure, si telle avait été la convention des parties (4).

Suivant Casaregis, le débiteur est constitué en demeure par l'échéance du terme, alors même qu'il est stipulé qu'à partir de ce terme il tiendra la chose due à la disposition du créancier, *ad omnem voluntatem creditoris* : cette stipulation, loin de rendre le terme fixé incertain et de le reculer en quelque sorte jusqu'à la demande ultérieure, aurait pour effet d'interpeller le débiteur, *quia semper remanet in morâ* (5). Il me semble au contraire que, dans cette hypothèse, ce n'est pas le débiteur qui est en demeure de livrer, mais bien le créancier qui est en demeure de prendre livraison ; puisque le débiteur fait tout ce qu'il doit en tenant la chose à la disposition du créancier, et qu'il ne serait en retard de rempl[illegible]

(1) Cass., 27 avril 1840, S., 40, 1, 728, et 18 fév. 1856, S., 57, 1, 4[illegible]. V. M. Larombière, t. I, art. 1139, n. 7, M. Demolombe, t. I, n. 432.

(2) Rote de Gênes, décis. 139, n. 1.

(3) Rote de Gênes, décis. 61, n. 10; Scaccia, *De com. et camb.*, § [illegible] quæst. 1, n. 384.

(4) Casaregis, *Disc.* 61, n. 3 et 6.

(5) *Disc.* 38, n. 18.

ses obligations que s'il n'était pas en mesure de livrer au moment où le créancier se présente pour prendre livraison.

1643. On comprend, du reste, que l'échéance du terme ne met le débiteur en demeure que si le retard n'est pas du fait du créancier. Si donc au jour de la livraison il ne se trouve personne pour recevoir la chose au lieu où la livraison doit être faite, ce n'est pas le débiteur qui est en demeure de livrer : c'est encore le créancier qui est en demeure de prendre livraison. *Absente creditore, debitor non constituitur in morâ per adventum temporis* (1). — *Debitor non constituitur in morâ quando creditor in loco ubi facienda erat solutio nullam destinavit personam ad recipiendum* (2).

1644. Quant à la mise en demeure *ex lege*, il est évident qu'elle ne peut avoir lieu qu'autant que la loi accorde cet effet à l'échéance du terme qu'elle a fixé. On en trouve un exemple dans l'article 1881 du Code civil, relatif au prêt à usage, d'après lequel, si l'emprunteur emploie la chose pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée même par cas fortuit.

1645. Les effets de la mise en demeure cessent lorsqu'elle est purgée ; c'est-à-dire quand celui au profit de qui elle a lieu y renonce expressément ou tacitement. S'il y renonce expressément, il ne peut y avoir de difficulté ; s'il y renonce tacitement, toute la difficulté consiste à apprécier les actes ou les faits desquels on entend faire résulter la renonciation ; quant au principe, il ne saurait être douteux. Si, par exemple, le débiteur en demeure de livrer offre la livaison, et que le créancier la refuse, la demeure est purgée au profit du débiteur, et les charges qui en résultent passent sur le créancier (3). Ainsi encore, si le vendeur est constitué de manière ou d'autre en demeure de livrer, et que cependant l'acheteur vienne à se trouver en retard de payer, il n'y a plus de de-

(1) Rote de Gênes, décis. 89, n. 4.
(2) Ansaldus, *Disc.*, 54, n. 43.
(3) Toullier, t. VI, n. 256 ; Duranton, t. X, n. 448 et suiv.

meure. *Implementi defectus ex parte unius ex contrahentibus excusat alterum à morâ* (1).

SECTION III. — DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE.

SOMMAIRE. — 1646. Différences entre l'obligation de faire et l'obligation de donner. — 1647. Comment l'obligation de donner peut se changer en une obligation de faire. Exemples pris dans le contrat de vente. — 1648. De ce que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts il ne résulte pas que le débiteur ait l'option entre les dommages-intérêts et l'exécution. — 1649. De l'option qui appartient au créancier, entre les dommages-intérêts ou l'exécution de l'obligation aux frais du débiteur. Exemple pris dans le contrat de vente. — 1650. Autorisation dont le créancier a besoin pour exercer cette option. — 1651. Elle n'appartient qu'au créancier, jamais au débiteur. — 1652. De l'obligation de ne pas faire. — 1653. De l'obligation de veiller à la conservation de la chose qu'on est obligé de donner.

1646. On l'a déjà vu, tandis que l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et confère au créancier le droit d'en prendre possession (2), l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (3). C'est ce qu'exprime très-bien cette ancienne formule répétée depuis des siècles par tous les auteurs : *Nemo potest præcisè cogi ad factum*. Personne ne peut être contraint précisément à un fait. On peut être contraint par la crainte des dommages-intérêts auxquels on s'expose en ne faisant pas ce qu'on a promis de faire, ou en faisant ce qu'on a promis de ne pas faire; mais on ne peut être physiquement et directement contraint à agir contrairement à sa volonté. Il y a dans celui qui ne veut pas accomplir une obligation de pur fait une force d'inertie qui résiste à l'emploi de tous les moyens légaux. Vous me vendez une machine à vapeur qui est déjà construite et qui se trouve dans vos ateliers; cette vente produit une obligation de donner qui vous oblige à me livrer la machine et qui m'autorise à en prendre possession. C'est en ce sens qu'il est vrai de dire, avec Paul,

(1) Ansaldus, *Disc.* 53, n. 24.
(2) C. civ., 1136.
(3) C. civ. 1142. Voy. *sup.*, n. 1594.

que celui qui a action pour obtenir une chose est réputé avoir la chose même : *Qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (1). Mais si vous vous engagez au contraire à me construire une machine à vapeur, vous ne contractez qu'une obligation de faire à l'exécution de laquelle je ne puis vous contraindre, et dont l'inaccomplissement ne donne lieu qu'à des dommages-intérêts.

1647. Il est à remarquer que l'obligation de donner peut quelquefois se changer en une obligation de faire. C'est ce qui a eu lieu, spécialement en matière de vente, lorsqu'à raison de sa nature fongible ou de son volume, la chose qui fait l'objet de l'obligation peut être soustraite par le débiteur aux poursuites du créancier. Dans ce cas, le vendeur qui a soustrait la chose, et qui empêche ainsi l'acheteur d'en prendre possession, ne peut être précisément contraint à la représenter. Son obligation à cet égard n'est qu'une obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts, sauf le cas où l'acheteur peut être autorisé, comme nous le verrons bientôt (2), à se délivrer de la chose en achetant sur place une marchandise de même nature, aux risques et périls du vendeur récalcitrant (3).

Au surplus, en traitant des différentes sortes de contrats, nous verrons quand ils constituent des obligations de donner ou des obligations de faire ou de ne pas faire. Ici, nous devons nous borner à examiner les effets généraux de cette dernière espèce d'obligation.

1648. Il faut d'abord observer qu'en disant que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts de la part du débiteur, l'article 1142 du Code civil n'a pas entendu laisser au débiteur une alternative qui lui permit le choix entre deux modes de s'acquitter, d'une part en faisant ou en ne faisant pas, d'autre part en se soumettant à

(1) L. 15, ff. *De reg. jur.*

(2) Voy. *inf.*, n. 1649 et 1675.

(3) L'obligation de donner une chose fongible peut aussi, en certains cas, se changer en une obligation de payer une certaine somme. Voy. *inf.*, n. 1675.

payer des dommages-intérêts. Les dommages-intérêts sont une peine infligée au débiteur qui n'accomplit pas son obligation; mais ils ne sont pas eux-mêmes l'accomplissement de l'obligation. Sans doute, par le payement des dommages-intérêts auxquels il aura été condamné, le débiteur sera libéré; mais il n'en est pas moins vrai qu'il n'aura pas fait ce qu'il devait faire. Cela est si vrai, qu'il ne doit les dommages-intérêts que lorsque l'inexécution de l'obligation provient de sa faute, tandis qu'il les devrait dans tous les cas où l'obligation principale n'aurait pas été accomplie, même dans le cas où cet inaccomplissement serait le résultat d'un fait de force majeure, s'ils constituaient une alternative qui lui permît de choisir entre deux obligations également principales (1).

1649. Il suit de là que lorsque la chose qui fait l'objet de l'obligation peut être exécutée par un autre que par le débiteur, celui-ci ne peut, en ne l'exécutant pas lui-même, mettre le créancier dans la nécessité d'accepter des dommages-intérêts; au contraire, suivant l'article 1144 du Code civil, le créancier peut, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, qui cesse alors d'être passible de dommages-intérêts pour raison de l'inexécution, puisque le créancier ne peut recevoir à la fois et la chose et les dommages-intérêts qui en sont en quelque sorte la représentation. Il ne pourrait, dans cette hypothèse, y avoir lieu à des dommages-intérêts que pour le préjudice résultant du retard dans l'exécution, préjudice dont le créancier serait responsable, puisqu'il proviendrait de ce qu'il n'aurait pas exécuté lui-même l'obligation en temps opportun (2).

C'est ce qui a lieu notamment en matière de vente de choses fongibles. Si le vendeur se refuse à livrer la chose ou les choses de la nature, espèce et quantité vendues, l'acheteur peut se faire autoriser à acheter au prix du cours, et aux risques et périls du vendeur, les choses que celui-ci ne lui livre pas.

(1) C. civ., 1193. Duranton, t. X, n. 458.
(2) Voy. *inf.*, n. 1654.

1650. De ce que l'article 1144 porte que le créancier *peut être autorisé* à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, on aurait tort d'en conclure qu'une autorisation soit toujours nécessaire, et que le créancier soit toujours tenu de s'adresser aux tribunaux pour obtenir cette autorisation. Cette marche est assurément la plus régulière; mais si elle doit être ordinairement suivie, elle est impraticable dans la plupart des cas qui requièrent une grande célérité, où elle rendrait illusoire le droit que l'article 1144 donne au créancier de faire exécuter aux dépens du débiteur l'obligation qu'il n'exécute pas lui-même, puisqu'il pourrait arriver que l'autorisation ne fût pas obtenue en temps utile. Dans ce cas le créancier peut faire exécuter la chose aux dépens du débiteur, sauf, si celui-ci conteste plus tard et se refuse à payer, à l'y faire condamner par les tribunaux qui seront alors juges du point de savoir si le créancier a pu trouver dans les circonstances l'autorisation qu'il n'avait pas eu le temps de demander à la justice (1).

1651. C'est donc un véritable droit d'option que l'article 1144 du Code civil accorde au créancier, entre les dommages-intérêts et la faculté de faire exécuter aux dépens du débiteur l'obligation que le débiteur n'exécute pas lui-même. Mais cette option n'appartient qu'au créancier, jamais au débiteur. Lors donc que le créancier opte pour les dommages-intérêts, le débiteur ne peut le contraindre à recevoir une chose faite par un autre, quand bien même cette chose, à raison de la main-d'œuvre, serait d'une valeur supérieure à celle qu'elle aurait si elle eût été faite par le débiteur (2). La raison en est évidente : le créancier à qui le débiteur a promis de faire une chose peut bien se contenter d'une chose faite par un autre, parce qu'il est libre de renoncer à une partie de son droit; mais le débiteur qui ne remplit pas son obligation ne peut pas lui imposer cette renonciation.

1652. Lorsque l'obligation est de ne pas faire, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contra-

(1) Duranton, t. X, n. 461.

(2) Boileux, *Commentaires du Code civil*, sur l'art. 1144.

vention à l'engagement soit détruit, et il peut même se fai autoriser à le détruire aux dépens du débiteur. Mais comn la chose faite contrairement à l'obligation peut avoir causé a créancier un préjudice que sa destruction ne répare pas, peut obtenir de plus des dommages-intérêts (1).

1653. Il est une obligation de faire qui est l'accessoire l'obligation de donner : c'est celle de veiller à la conservati de la chose. Nous avons vu (2) en quoi consiste l'obligation conserver. Son exécution se résout toujours en dommag intérêts comme celle des obligations ordinaires, suivant règles qui seront ci-après expliquées.

Maintenant que nous savons en quoi consistent les divers obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, et quel sont les conséquences de leur inexécution, voyons quand sc dus les dommages-intérêts résultant de cette inexécution, en quoi ils consistent.

SECTION IV. — DES DOMMAGES-INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 1654. Ce que c'est que les dommages-intérêts. Dommag intérêts compensatoires et moratoires. — 1655. Sujet et division de section IV.

1654. Les dommages-intérêts sont la peine, soit l'inexécution absolue et complète de l'obligation, soit défaut d'exécution dans le délai voulu et en temps utile. sont donc compensatoires, quand ils tiennent lieu de l'e: cution; moratoires, quand ils sont l'indemnité du retard.

1655. Outre les dommages-intérêts, l'exécution peut dc ner lieu à la résolution du contrat ; nous verrons plus ta quand et comment cette résolution peut être demandée (: ici, nous nous ne nous occupons que des dommages-intér qui sont la suite de l'inaccomplissement de l'obligation, s que cet inaccomplissement consiste en une inexécution a solue, soit qu'il consiste en un retard dans l'exécution.

(1) C. civ., art. 1145.
(2) *Sup.*, n. 1614.
(3) Voy. *inf.*, ch. IV, sect. I, § 3.

Un premier paragraphe sera consacré aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations en général, c'est-à-dire des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Un second paragraphe traitera spécialement des dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme.

§ 1. — *Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations en général.*

SOMMAIRE. — 1656. Les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure. — 1657. De la mise en demeure dans les obligations de ne pas faire. — 1658. De la mise en demeure dans les obligations de donner ou de faire. Mise en demeure *ex re*, ou *ipso facto*, sans acte ni sommation. — 1659. Il n'est pas nécessaire, pour qu'elle s'accomplisse, qu'un délai soit fixé par le contrat pour l'exécution. — 1660. Exemples pris de l'obligation de faire accepter une lettre de change. — 1661..... De veiller à la conservation d'une chose. — 1662. Comment l'affréteur est mis en demeure de charger. Faut il un jugement qui le condamne? 1663. Le débiteur est en faute par cela seul qu'il est en demeure, sauf les cas fortuits ou de force majeure. — 1664. C'est au débiteur qui allègue la force majeure à la prouver. — 1665. De quoi se composent les dommages-intérêts : preuve à faire, par le créancier qui les demande, du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*. — 1666. Cas particuliers où le créancier n'a aucune preuve à faire : affrétement, louage de matelots, assurance, apprentissage. — 1667. Du cas où les dommages-intérêts sont fixés par la convention. Ils sont alors nécessairement dus, et sont toujours de la somme fixée. — 1668. Exemple pris des arrhes. — 1669. Principes de l'ancien droit sur les stipulations de dommages-intérêts. — 1670. Cas particulier, en matière de charte-partie, où la loi prescrit de déterminer d'avance les dommages-intérêts d'inexécution. — 1671. Règles générales sur la fixation des dommages-intérêts. Dommages-intérêts *propter rem ipsam non habitam*. Dommages-intérêts extrinsèques : exemples. — 1672. Distinctions entre le cas où le débiteur est de bonne foi, et celui où il est de mauvaise foi : exemples. — 1673. Pouvoir du juge en matière de dommages-intérêts. — 1674. Des dommages-intérêts dans l'obligation de donner. Du cas où le vendeur se refuse à livrer la chose vendue. — 1675. *Quid*, si la chose vendue est une chose fongible? — 1676. Dans tous les cas où il y a délivrance volontaire ou forcée, l'acheteur n'a droit qu'aux dommages-intérêts du retard. — 1677. Des dommages-intérêts auxquels a droit le vendeur pour défaut de restitution de la chose en cas de résolution de la vente.... En cas de non-restitution d'une chose prêtée. — 1678. Du délai qui peut être accordé nonobstant les dommages-intérêts. — 1679. Des dommages-intérêts dans les obligations de faire. — 1680.... Dans les obligations de ne pas faire. — 1681. Dommages extrinsèques résultant de l'inexécution des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.

1656. Aux termes de l'article 1146 du Code civil les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté, néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire, ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

1657. La mise en demeure constate que le débiteur est en retard de remplir son obligation. C'est ce retard qui rend le débiteur passible de dommages-intérêts. Mais il est manifeste que cette règle n'est applicable qu'aux obligations qui consistent à donner ou à faire quelque chose, puisqu'on ne peut être en retard que lorsqu'on est tenu d'agir. Au contraire lorsque l'obligation est de ne pas faire, et qu'elle consiste à s'abstenir, on y contrevient par cela même qu'on agit. Ici, c'est l'action et non plus l'inaction qui constitue l'obligé en contravention; et comme cette contravention est un fait positif qui se prouve lui-même, celui qui fait ce qu'il s'était obligé à ne pas faire doit les dommages-intérêts par le fait seul de la contravention (1), et sans qu'il y ait lieu de recourir à une mise en demeure incompatible avec l'obligation de ne pas faire.

1658. Nous avons vu, en traitant de la responsabilité des risques (2), comment le débiteur était mis en demeure, soit par l'interpellation du créancier, *ex personâ;* soit par l'effet du contrat, *ex contractu*, lorsqu'il a été convenu que le débiteur serait en demeure sans qu'il ait besoin d'acte, et par la seule échéance du terme; enfin, par l'effet de la loi, *ex lege*, lorsque la loi contient à cet égard une disposition spéciale qui met le débiteur en demeure par l'échéance seule du terme légal, et qui consacre ainsi, d'une manière exceptionnelle, la maxime *Dies interpellat pro homine*. L'article 1146, en disposant que les dommages-intérêts sont dus sans qu'un acte de mise en demeure soit nécessaire, lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que pendant un certain temps qu'il a laissé

(1) C. civ., art. 1145.
(2) Voy. *sup.*, sect. II, § 3.

passer, établit donc une quatrième espèce de mise en demeure, tacite en quelque sorte, résultant des circonstances et de la nature de l'affaire, *ex re*, qui suppose une convention tacite, par laquelle les parties ont stipulé que la demeure serait encourue par l'expiration du temps donné pour l'accomplissement de l'obligation.

M. Duranton (1) propose un exemple d'une demeure encourue par le fait seul de l'inaccomplissement de l'obligation dans le temps fixé par le contrat. « Tel serait, dit-il, le cas où le capitaine d'un navire, sur le point de mettre à la voile, achèterait des vivres pour son équipage, livrables à son bord, ou à un certain jour : si le vendeur ne livrait pas au jour convenu, et que l'acheteur, obligé de partir, eût acheté des vivres ailleurs à un prix supérieur, mais cependant au cours du jour, ou à peu près, il aurait droit aux dommages-intérêts, *ipso facto*, quand bien même le vendeur n'aurait pas été mis en demeure par une sommation ou par un autre acte équivalent, et quand bien même aussi la convention ne porterait pas expressément que, par la seule échéance du terme pris par la délivrance, et sans qu'il soit besoin d'acte, l'acheteur sera constitué en demeure; car elle le portait implicitement par la seule circonstance que l'obligation ne pouvait être exécutée que dans un certain temps, circonstance connue du vendeur. »

1659. Du reste, il n'est pas nécessaire, pour que cette demeure ait lieu, que le contrat détermine un délai, pour l'exécution de l'obligation. Il suffit que, d'après la nature de l'obligation et les circonstances, elle ne puisse être mise à exécution que pendant un certain temps. Dans ce cas, le débiteur est en demeure de faire la chose aussitôt qu'il est possible de la faire ; et, s'il passe dans l'inaction tout le temps pendant lequel il pouvait agir, il est en faute et doit les dommages-intérêts qui résultent de cette faute : *Quia sicuti dies expressa*, dit Casaregis, *statiam ponit in morâ, qui tali die præfixâ obligationi suæ non paruit, ita dies tacita quæ inest ex naturâ rei, est*

(1) T. X, n. 466.

in omnibus stipulationibus facti, in quibus factum semper promissum intelligitur statim ac illud fieri potuerit, pariterque in morâ constituitur qui statim ac potuit factum non adimplevit (1). Alors, en cas de contestation, c'est au juge à déterminer quand le débiteur a pu, et, par conséqnent, quand il aurait dû accomplir son obligation : *Judicis arbitrio, repositum est dijudicare quanto tempore diligens paterfamilias facere potuisset, quod qui se facturum promisit* (2).

1660. En voici un exemple : il peut arriver que l'obligation de présenter une lettre de change à l'acceptation du tiré ait été imposée par le tireur au porteur. Si le porteur ne remplit pas cette obligation en temps utile, et si, par suite d'une présentation tardive, le tiré se dessaisit de la provision et refuse d'accepter, le tireur qui peut se trouver tenu de payer le montant de la lettre non acceptée, a une action en dommages-intérêts contre le porteur, pour réparation du préjudice qu'il lui a causé en n'accomplissant pas l'obligation qu'il avait contractée en recevant l'effet (3). Il n'est pas nécessaire pour cela que le porteur ait été mis, par une sommation ou autre interpellation, en demeure de présenter la lettre à l'acceptation. Il était en demeure par cela seul qu'il avait reçu le mandat de faire accepter, et que rien ne s'opposait à l'accomplissement de ce mandat. *Valens adimplere mandatum et non adimplens, est in morâ absque interpellationne*, dit la rote de Gênes (4) d'après Bartole (5). *Et eo ipso*, ajoute à ce sujet Casaregis (6), *quod quis habuit potestatem agendi et non egit, dicitur in morâ... Quare ex his concludebam mandatarium recipientem hujus modi litteras cambiales teneri ad illas statim præsentandas necnon earum acceptationem curandam.* C'est alors aux juges à décider, d'après les circonstances de la cause, si le mandataire ou porteur a pu agir, ou s'il a été empêché de

(1) *Disc.* 54, n. 3.
(2) Casaregis, *ibid.*
(3) Pardessus, n. 358; M. Nouguier, *Des lettres de change*, p. 2:0, n. 4.
(4) Décis. 68, n. 7.
(5) *In lege si ita stipul. in fine*, ff. *De verb. oblig.*
(6) *Ubi sup.*, n. 4 et suiv.

le faire. On doit donc rejeter l'opinion de Dupuy de La Serra (1), suivant lequel le délai pour la présentation à l'acceptation doit être fixé d'une manière uniforme, dans le cas où la lettre a été donnée à une personne pour son voyage, en doublant la journée du chemin, et dans le cas où elle a été mise en circulation dans le commere, en doublant les ordinaires. Ce délai, arbitrairement fixé, *sine ratione ac auctoritate*, comme dit Casaregis, pourrait être tantôt trop court, et tantôt trop long. Le mieux est donc de donner à la demeure, pour point de départ abstrait et théorique, le moment où le prêteur a pu agir, sauf à laisser au juge, dans la pratique, le soin de déterminer le moment où la possibilité d'agir s'est manifestée et a mis le débiteur en demeure.

1661. Ainsi encore celui qui est obligé de veiller à la conservation d'une chose est toujours en demeure de remplir son obligation sans qu'aucune interpellation le lui rappelle; et, pour qu'il soit tenu de réparer les dommages soufferts par la chose, il suffit que ces dommages soient imputables à un défaut de soin (2).

1662. Il est un cas particulier où, suivant des auteurs, le débiteur n'est mis en demeure de remplir son obligation, et ne doit les dommages-intérêts à raison de l'inexécution qu'autant qu'il a été condamné par jugement à faire, dans un certain délai déterminé par le juge, ce à quoi il s'était engagé, et si dans ce délai il ne s'est pas soumis à la condamnation. C'est dans le cas prévu par l'article 288 du Code de commerce, aux termes duquel l'affréteur, qui n'a pas chargé la quantité de marchandises portée dans la charte-partie, est tenu de payer le fret entier et pour le chargement complet auquel il s'est engagé. Cet article, qui détermine ainsi les dommages-intérêts desquels est tenu l'affréteur dont le chargement reste incomplet, est la reproduction de l'article 3 du titre *Du fret*, de l'ordonnance de 1681. Valin, dans son commentaire sur cet article, soutenait que sa disposition ne pouvait être appliquée qu'après que le marchand avait été

(1) *Art des lettres de change*, ch. VI, n. 23.
(2) Voy. *sup.*, n. 1614.

sommé de charger, et, sur une assignation donnée par le maître, condamné à charger dans un temps fixe et déterminé, par un jugement qui, faute par lui de satisfaire à la condamnation, avait permis au maître de faire voile. « Alors, dit Valin, le maître sera en droit d'exiger son fret entier, comme si le marchand eût satisfait exactement à son obligation. Mais sans ces formalités, il en serait autrement ; car quoique les contrats soient faits pour être exécutés la peine résultant de leur inexécution n'est pas pour cela encourue de plein droit, encore moins dans une matière comme celle-ci, où de part et d'autre on est accoutumé à essuyer des délais qui naturellement ne produisent par eux-mêmes pour dommages-intérêts que les frais de retardement. »

Sous le Code de commerce, cette opinion a été suivie par M. Dageville (1), qui résume, sans y rien ajouter, les motifs énoncés par Valin.

Comme on le voit, dans ce système, l'affréteur ne serait mis en demeure de parfaire son chargement, et ne devrait le fret entier, à titre de dommages-intérêts, qu'après avoir été condamné par jugement à exécuter son obligation dans un certain délai, et faute par lui de s'être soumis à cette condamnation ; une sommation, ou autre acte équivalent, conforme à l'article 1139 du Code civil (2), ne suffirait pas pour le constituer en demeure. C'est là ce qu'il m'est impossible d'admettre. Aucune disposition du droit commercial et maritime ne déroge à la règle du droit civil qui fait d'une sommation, ou d'un autre acte équivalent, le moyen le plus énergique d'opérer une mise en demeure ; et aucune disposition n'exige qu'il intervienne en outre une condamnation judiciaire, mitigée par l'octroi d'un certain délai. Sans doute, l'affréteur mis, par une sommation ou autre acte équivalent, en demeure de compléter son chargement, assigné en payement du fret entier, peut demander et obtenir un délai pour remplir son obligation (2). Mais si alors le jugement qui ac-

(1) *Code de com. expliqué par la jurispr.*, t. II, p. 389.
(2) Voy. *sup.*, n. 1635.
(3) C. civ., art. 1244.

corde un délai proroge les effets de la mise en demeure résultant de la sommation et lui donnne un nouveau terme, ce n'est pas une raison pour qu'il ait seul la vertu d'opérer cette mise en demeure, et qu'elle ne soit pas produite de plein droit par la sommation, conformément à l'article 1139 du Code civil. S'il en était autrement, la faculté que les articles 1184 et 1244 du Code civil donnent aux juges d'accorder, avec une grande réserve, des délais modérés pour l'exécution, deviendrait pour eux une obligation dans le cas spécial qui nous occupe, et quelque retard qu'eût mis l'affréteur à compléter son chargement, il serait toujours fondé à demander aux juges, et devrait toujours obtenir un délai pour exécuter son engagement. Un pareil résultat est contraire à toutes les notions du droit et de l'équité : ce serait une prime offerte aux retardataires et un moyen sûr de compromettre toutes les expéditions maritimes. L'affréteur, comme tout autre obligé, est donc mis en demeure par une sommation ou par un autre acte analogue.

1663. Par cela seul qu'un débiteur est en demeure, il est en faute, puisqu'il n'a pas fait ce qu'il devait faire. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait mauvaise foi de sa part. La mauvaise foi aggrave la faute, mais ne la constitue pas. Il doit donc réparer le préjudice que, par sa faute, il a causé au créancier, soit en n'exécutant pas son obligation, soit en l'exécutant tardivement (1). Il ne cesse d'être responsable de l'inexécution absolue, ou de l'exécution tardive, qu'autant qu'elle provient, soit d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (2), soit d'une force majeure, ou d'un cas fortuit, qui l'a empêché de donner ou de faire ce à quoi il s'était obligé, ou qui l'a contraint de faire ce qui lui était interdit (3). Toutefois, il y a exception à cette règle en matière d'assurances maritimes; lorsque avant le départ, et par suite d'un fait de force majeure, le voyage pour lequel un navire a

(1) C. civ., art. 1147.
(2) *Ibid.*
(3) C. civ., art. 1148.

été assuré est rompu, l'assuré est cependant obligé de pay[er] le demi pour cent de la somme assurée (1). Cette règle souff[re] encore exception, lorsque le cas fortuit a été précédé d'u[ne] faute du débiteur, sans laquelle le dommage ne serait p[as] arrivé (2), et conséquemment, lorsque, avant l'événement [du] cas fortuit, le débiteur avait été mis en demeure de rempl[ir] son obligation, puisque s'il eût obtempéré à la mise [en] demeure, et s'il eût fait en temps utile ce qu'il devait fair[e], le cas fortuit ou la force majeure qui se sont ultérieur[e]ment produits, n'auraient pu mettre obstacle à l'acco[m]plissement de l'obligation. Enfin, si le débiteur a expr[es]sément pris à sa charge le cas fortuit, il en répond comm[e] de sa propre faute (3).

1664. Du reste, dans tous les cas où le débiteur cherche [à] se mettre à l'abri derrière le cas fortuit ou la force maje[ure] qu'il allègue, c'est à lui de prouver son allégation.

1665. Maintenant que nous avons vu quand sont dus l[es] dommages-intérêts, il nous reste à voir en quoi ils co[n]sistent.

En général, les dommages-intérêts dus au créancier so[nt] de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé (4) : c'e[st] ce que les anciens lecteurs appelaient *lucrum cessans et dam[]num emergens*. Il suit de là que le créancier qui prétend à d[es] dommages-intérêts doit prouver la perte et la privation d[u] gain qui sont la mesure du dédommagement auquel il pe[ut] avoir droit.

1666. Il y a exception à cette règle dans tous les cas où l[es] dommages-intérêts sont fixés par la loi, et alloués par cela se[ul] qu'une chose n'a pas été faite, ou n'a pas été faite dans un ce[r]tain délai. On en trouve des exemples en matière maritim[e]. Ainsi, l'affréteur qui n'a pas chargé la quantité de ma[r]chandises portée dans la charte-partie est tenu de payer l[e] fret entier, et pour le chargement complet auquel il s'est e[n-]

(1) C. com., art. 349 ; Vincens, t. III, p. 243 ; Dageville, t. III, p. 246.
(2) C. civ., art. 1807.
(3) C. civ., art. 1302.
(4) C. civ., art. 1149.

gagé (1). L'affréteur qui, sans avoir rien chargé, rompt le voyage avant le départ, paye au capitaine, à titre de dommages-intérêts, la moitié du fret convenu par la charte-partie pour la totalité du chargement qu'il devait faire (2); et les auteurs décident que ce demi-fret est dû encore bien qu'aussitôt après la rupture de la charte-partie le capitaine ait trouvé à affréter son navire à un prix supérieur au premier fret (3) : ce qui prouve que le capitaine n'est pas tenu de justifier de la perte qu'il aurait faite, ou du gain dont il aurait été privé. Ainsi encore, les dommages-intérêts, dus aux matelots en cas de rupture du voyage pour lequel ils avaient été engagés, sont déterminés, d'après une base fixée, suivant les cas et le mode d'engagement, par l'article 152 du Code de commerce. Enfin, nous venons de voir tout à l'heure que, si l'assurance est annulée quand le voyage est rompu, soit par un fait de force majeure, soit par le fait de l'assuré, l'assureur reçoit, à titre d'indemnité, un demi pour cent de la somme assurée (4).

Mais la règle générale qui prend pour mesure des dommages-intérêts la perte éprouvée et le gain dont on a été privé, conserve son empire en matière maritime, dans tous les cas où une disposition précise n'a pas introduit une règle contraire. Ainsi, les dommages-intérêts auxquels le capitaine est tenu envers l'affréteur pour déclaration exagérée du port du navire (5), ne doivent comprendre que la perte éprouvée par l'affréteur et le gain dont il a été privé par suite de cette fausse déclaration (6). Ainsi encore, c'est par experts que doivent être réglés les dommages-intérêts auxquels peut être tenu le capitaine envers l'affréteur, si, par son fait, le navire a été arrêté ou retardé au départ, pendant sa route, ou au lieu de sa décharge (7).

On trouvait, en dehors des matières maritimes, l'exemple

(1) C. civ., art. 288.
(2) C. com., art. 228.
(3) Boulay-Paty, *Droit marit.*, t. II, p. 368; Delvincourt, *Inst. de droit com.*, t. II, p. 302.
(4) C. com., art. 349. — Voy. *sup.*, n. 1663.
(5) C. com., art. 289.
(6) Boulay-Paty, t. II, p. 318; Dageville, t. II, p. 391.
(7) C. com., art. 295.

d'un cas où les dommages-intérêts étaient toujours dus par le fait seul de la contravention, dans l'article 10 de la loi du 22 germinal, an XI, d'après lequel les dommages-intérêts dus par le maître qui retenait un apprenti après l'expiration du temps d'apprentissage, et qui lui refusait un congé d'acquit, devaient être au moins du triple des journées depuis la fin de l'apprentissage. Mais cet article a été abrogé par l'article 22 de la loi du 22 février 1851. Aux termes de l'article 19 de cette loi les indemnités qui peuvent être dues, en matière d'apprentissage, sont réglées par le juge.

1667. Il y a encore une exception à la règle qui mesure les dommages-intérêts sur la perte éprouvée ou le gain dont on a été privé; c'est quand la convention porte que la partie qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts (1). Cette stipulation constitue une sorte de clause pénale qui devient alors une des conditions de l'obligation principale (2), de telle sorte qu'il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

1668. On trouve un exemple d'une convention de cette nature dans les arrhes qui sont données en matière de vente ou de louage, et qui attribuent aux contractants la faculté de se départir du contrat, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double (3). Les arrhes sont alors la mesure des dommages-intérêts dus de part et d'autre, la peine, ou plutôt la condition de l'inexécution du contrat; et les parties qui optent pour la perte ou la restitution des arrhes ne peuvent, dans aucun cas, demander leur réduction à une somme moindre, ni être condamnées à payer une somme plus forte. Mais cela n'est vrai que des arrhes proprement dites, c'est-à-dire des arrhes qui ont le caractère d'un dédit. Il en est autrement des arrhes qui sont données à titre d'à-compte sur le prix, et qui constituent un commencement d'exécution du contrat. Les parties ne peuvent alors se départir du contrat qui les lie, l'une en consentant à perdre les

(1) C. civ., art. 1152.
(2) C. civ., art. 1226.
(3) Voy. *sup.*, n. 1582.

arrhes, l'autre en consentant à les restituer. Chacun des contractants a au contraire le droit d'exiger l'exécution de la convention, ou, à défaut, des dommages-intérêts qui se mesurent alors comme dans les cas ordinaires sur la perte éprouvée et sur le gain dont il a été privé. Dans la première hypothèse les arrhes sont un moyen que les contractants se ménagent pour se départir du contrat, sans avoir d'autres risques à courir que ceux qu'ils ont déterminés et auxquels ils se sont soumis d'avance. Dans la seconde, les arrhes sont au contraire un lien de plus, en ce qu'elles font preuve de la convention, et l'une des parties ne peut rompre ce lien sans s'exposer aux dommages-intérêts qui sont, de droit commun, la peine de l'inexécution des obligations.

1669. Dans l'ancien droit, les stipulations relatives à la fixation des dommages-intérêts n'étaient pas exécutées avec rigueur. « Quand les dommages-intérêts pour l'inexécution des conventions sont fixés par le traité, dit Denizart (1), il dépend de la prudence du juge de modérer la somme convenue, si elle excède visiblement les dommages effectifs, parce que ces sortes de stipulations sont moins une juste estimation qu'une précaution pour obliger les contractants à exécuter la convention. Il serait injuste, ajoute-t-il, d'accorder à celui qui souffre de l'inexécution plus qu'il n'aurait profité si le marché avait eu son effet. » Mais on oubliait, en modifiant ainsi des conventions librement arrêtées, que ces conventions étaient devenues la loi des parties, et avaient pu être la condition du contrat, puisque, sans la certitude d'obtenir les dommages-intérêts stipulés en cas d'inexécution de l'obligation, le créancier n'aurait peut-être pas consenti à contracter. Aujourd'hui, on ne peut allouer une somme inférieure à celle convenue que dans le cas où celui qui s'est engagé sous une clause pénale consistant dans une stipulation de dommages-intérêts déterminés d'avance par le contrat, a exécuté une partie de l'obligation. Alors la peine stipulée peut être modifiée par le juge proportionnellement à l'exécution partielle.

(1) V° *Dommages-intérêts*, n. 7. — Voy. aussi Pothier, *Des obligat.*, n. 345.

On allait même autrefois jusqu'à mettre en doute si les do mages-intérêts pouvaient être déterminés à l'avance, par convention : *An lucrum cessans vel damnum emergens à princip in pactum deduci posset et in certâ quantitate taxari* (1)? Le dou provenait de la défense de stipuler des intérêts qui se serai déguisés sous l'apparence de dommages-intérêts avec lesqu on pouvait les confondre. Je reviendrai sur ce point en tr tant des dommages-intérêts dans les obligations qui se born au payement d'une certaine somme (2) ; quant à présent, il suffit de faire observer que la stipulation qui a pour objet de déterminer d'avance les dommages-intérêts doit être annu dans les cas où elle a pour objet de déguiser des intérêts il cites.

1670. Du reste, il y a certains cas où la loi ne se borne pa à donner aux parties la faculté de déterminer d'avance les do mages-intérêts, mais où elle leur en fait en quelque sorte devoir. Tel est l'article 253 du Code de commerce relatif à la charte-partie, qui veut que ce contrat énonce l'indemn convenue pour les cas de retard. Suivant Valin (3), les co ventions relatives à cette indemnité seraient valables, bi qu'elles ne fussent pas conformes aux us et coutumes de la m si, d'ailleurs, elles n'avaient rien de contraire à l'équité, à police de l'État et aux bonnes mœurs ; et il cite à l'appui u patente de l'amirauté de Marseille du mois de septembre 175 qui juge qu'une charte-partie portant stipulation que le maîtr ne pourrait prétendre aucun fret s'il ne partait dans le dél fixé, devait avoir son effet.

Cela me paraît hors de doute, et jusqu'ici je suis de l'avis d Valin. Mais je ne puis le suivre dans les restrictions et dans le extensions qu'il donne à son opinion. « Pour adopter, dit-il une décision aussi rigoureuse, il faut qu'il soit question d marchandises dont le transport ne peut être différé sans u dépérissement considérable, ou sans en faire manquer le dé-

(1) Casageris, *Disc.* 201, n. 8 ; Ansaldus, *Disc.* 67, n. 9 et suiv. ; *Disc.* 100 n. 4 et suiv. ; Rote de Gênes, décis. 91, n. 32.

(2) Voy. le paragraphe suivant.

(3) Sur l'art. 3 de l'ordonnance de 1681, tit. *Des chartes-parties*.

bit... » Puis il ajoute qu'il se pourrait même alors que l'exemption du fret n'indemnisât pas le marchand chargeur de tous les dommages-intérêts qu'il aurait à prétendre. Ce qui revient à dire que, nonobstant l'indemnité de retard fixée par la charte-partie, les juges peuvent allouer une somme moindre ou supérieure. Or, la règle de l'article 1152 du Code civil qui défend aux juges de modifier les dommages-intérêts stipulés (1), est une règle générale et de droit commun qui s'applique par conséquent aussi bien aux matières commerciales qu'aux matières civiles, parce que, dans les unes comme dans les autres, la convention est la loi des parties; on doit croire alors que les dommages-intérêts ont été équitablement fixés par les contractants, et ni l'un ni l'autre n'est recevable à se plaindre de ce qu'ils seraient trop faibles ou trop forts, pas plus que l'un ou l'autre ne serait recevable à prétendre qu'il s'est trompé dans ses prévisions et dans les avantages qu'il se proposait en contractant.

Faisons observer au surplus que l'article 273 du Code de commerce, en disposant que la charte-partie doit énoncer l'indemnité convenue pour les cas de retard, ne fait pas de cette énonciation une condition de la validité du contrat. C'est une clause accessoire et non essentielle dont l'omission n'exerce aucune influence sur le contrat principal. On ne serait même pas fondé à prétendre que, faute de cette énonciation, il n'est dû de part ni d'autre aucuns dommages-intérêts pour le retard. Les parties, en ne convenant pas d'une indemnité, sont réputées avoir confié à la loi le soin de stipuler pour elles. Elles restent alors sous l'empire du droit commun, et les dommages-intérêts doivent, dans cette hypothèse, être déterminés d'après les règles tracées par le Code civil pour le cas où la convention ne les détermine pas elle-même (2).

1671. Il s'agit maintenant d'exposer les règles générales qui doivent servir de guide, soit lorsque la convention ne porte pas que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, soit lorsque la loi n'a

(1) Voy. *sup.*, n. 1667.
(2) Dageville, t. II, p. 346.

pas elle-même déterminé ces dommages-intérêts d'après une base particulière, comme en matière de fret, d'assurances maritimes et d'apprentissage (1).

Comme nous l'avons déjà vu, les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il est privé. Ils doivent être calculés plus ou moins rigoureusement, selon que le débiteur s'est rendu coupable de dol, et selon qu'il en est exempt. Lorsque l'inexécution n'a pas pour cause le dol du débiteur, celui-ci n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (2). Mais dans le cas où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, l'indemnité peut s'étendre aux dommages non prévus. Toutefois, même dans ce cas, les dommages-intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation.

En général les dommages soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet de l'obligation, *propter ipsam rem non habitam*, sont toujours prévus. Mais on ne peut considérer comme étant prévus des dommages qui, bien que provenant de l'inexécution de l'obligation, ont une cause postérieure au contrat, et qu'on appelle dommages extrinsèques.

Voici un exemple fourni par Pothier, qui éclaire très-bien cette distinction. Je ne puis mieux faire que de le copier : « Si j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir, et qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été évincé par le propriétaire, je serai tenu des dommages et intérêts de mon locataire, résultant des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultant de ce que, le prix des loyers des maisons étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail. Car ces dommages et intérêts ont un rapport prochain à la jouissance de la maison qui fait l'objet de mon obligation.

(1) Voy. *sup.*, n. 1666.
(2) C. civ., art. 1150.

et sont soufferts par le locataire, *propter ipsam rem non habitam.* — Mais si le locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison que je lui ai louée, et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques, et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage, qui est étranger et qui n'a pas été prévu lors du contrat..... »

Au contraire... « Si j'ai loué ma maison à quelqu'un en sa qualité de marchand, ou si je l'ai louée pour y faire auberge, et que le locataire soit évincé dans sa jouissance, les dommages-intérêts dont je suis tenu envers lui ne se borneront pas aux frais de délogement, et à ceux qui peuvent résulter de l'augmentation du prix du loyer, comme nous avons dit qu'ils devaient s'y borner dans l'espèce ci-devant rapportée; la perte qu'il pourra faire de ses pratiques, s'il n'a pu trouver d'autres maisons dans le quartier, y devra aussi entrer pour quelque chose. Car, lui ayant loué une maison pour y faire une boutique ou une auberge, cette espèce de dommage est un dommage dont le risque a été prévu, et auquel je suis censé m'être facilement soumis (1). »

1672. Ajoutons, pour compléter ces exemples, que si le locateur était de mauvaise foi, il devrait, dans la première des hypothèses ci-dessus, les dommages-intérêts résultant du préjudice souffert dans son commerce par le locataire, bien que ce préjudice n'eût pas été prévu. Le débiteur qui commet un dol s'oblige à la réparation de tout le tort que ce dol causera au créancier, non-seulement du tort que celui-ci a souffert par rapport à la chose qui fait l'objet du contrat, mais aussi du tort souffert par rapport à ses autres biens, sans qu'il y ait lieu d'examiner si ces dommages ont été prévus (2).

Mais, comme on l'a déjà vu, même dans le cas de dol, les dommages-intérêts ne peuvent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation. La responsabilité de l'imprévu ne s'étend pas

(1) *Des oblig.*, n. 161 et suiv. — V. aussi M. Demolombe, t. I, n. 579 et suiv.

(2) Pothier, n. 106. M. Demolombe, *ibid*, n. 598 et suiv.

aux faits successifs qui sont la conséquence éloignée de l'inexécution ou du retard dans l'exécution.

Je vous ai donné commission de fréter un bâtiment pour mon compte pour le transport de marchandises que je me suis engagé à livrer au lieu de leur destination à une époque déterminée. Bien que vous ayez accepté cette commission, vous ne vous y conformez pas ; et lorsque j'arrive avec mes marchandises au port d'embarquement, il est trop tard pour que je trouve à louer un bâtiment prêt à mettre à la voile; mes marchandises ne peuvent pas partir à temps, et le marché que j'avais fait se trouve rompu. Vous êtes alors tenu de m'indemniser de tout le tort que me cause cette rupture, c'est-à-dire, suivant les circonstances, des frais que j'aurai faits pour conduire mes marchandises au port d'embarquement, des dommages-intérêts que je puis devoir à celui à qui étaient destinées les marchandises, et envers lequel, par votre fait, je n'ai pu m'acquitter; et même, si vous êtes de mauvaise foi, de la détérioration ou de la moins-value des marchandises dont je ne puis me défaire avantageusement, ou que je suis obligé de conserver en magasin : quoique cette perte ne soit pas prévue lors du contrat, le dol la met à la charge du débiteur qui l'a occasionnée en ne remplissant pas ses engagements. Mais ne pouvant embarquer mes marchandises, je les dépose dans un magasin qui, bientôt après, est consumé par un incendie. Devrez-vous m'indemniser de la perte des marchandises? Non; c'est là un événement fortuit, un cas de force majeure qui ne relève que de lui-même. Il est bien vrai que si un bâtiment avait été frété, que si les marchandises avaient pu partir, elles n'auraient pas été déposées dans le magasin incendié, et n'auraient pas été comprises dans le sinistre. Mais si la perte des marchandises par l'incendie est une suite de l'inexécution de l'obligation qui avait pour objet le louage d'un navire, ce n'en est qu'une suite indirecte et médiate, puisque cet incendie ne peut être rangé parmi les conséquences naturelles de la rupture de l'expédition (1).

1673. Il est évident, du reste, que dans toutes les questions

(1) Voy. cependant Toullier, t. VI, n. 286 et suiv.

de cette nature, on doit beaucoup abandonner à l'appréciation que le juge est appelé à faire des circonstances, et particulièrement du point de savoir jusqu'à quel degré les dommages soufferts par le créancier sont imputables au débiteur; et à cet égard il est impossible de déterminer des règles certaines et invariables. Aussi, n'a-t-on jamais suivi dans notre droit la loi de Justinien, qui dans tous les contrats ayant pour objet une chose de valeur déterminée, *qui certam habent quantitatem*, bornait les dommages-intérêts précisément au double de la valeur de la chose (1). C'est là, dit Pothier (2), une loi arbitraire. Dans certains cas, les dommages-intérêts excéderont le double; dans d'autres, ils pourront être inférieurs à la valeur simple de la chose; le juge a sur ce point la plus grande latitude.

1674. Entrons maintenant dans quelques détails plus circonstanciés sur les éléments des dommages-intérêts, soit pour défaut d'exécution, soit pour retard dans l'exécution.

Occupons-nous d'abord de ceux auxquels peut donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution d'une obligation de donner.

Dans tous les cas où il s'agit d'une obligation de donner, par exemple dans tous les cas où une vente a pour objet un corps certain et déterminé, le vendeur peut être contraint à livrer, si mieux n'aime l'acheteur demander la résolution de la vente (3). Si l'acheteur demande et obtient sa mise en possession, il n'a droit à des dommages-intérêts que pour le retard, lorsque ce retard lui a causé préjudice (4). Ces dommages-intérêts doivent alors consister (outre ce qui serait dû pour la détérioration de la chose depuis la mise en demeure), soit dans la différence en plus qui existe entre le prix d'achat et le cours le plus élevé qu'a atteint le prix de la chose depuis l'époque à laquelle elle aurait dû être livrée jusqu'à celle à la-

(1) *L. unic.* au Code *De sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur* Pothier, n. 164.

(2) *Des oblig.*, n. 164.

(3) C. civ., 1610.

(4) *Ibid.*, art. 1611.

quelle a eu lieu la mise en possession, s'il s'agit d'une chose destinée à être revendue, puisque cette différence constitue la perte ou le défaut de bénéfice que l'acquéreur a subis par le défaut de délivrance à l'époque déterminée; soit, par la même raison, dans les bénéfices dont a été privé l'acheteur par suite du défaut de livraison à l'époque déterminée, s'il s'agit d'une chose destinée à une exploitation industrielle, ou dont l'usage devait être loué.

S'il opte pour la résolution, à raison du défaut de délivrance au terme convenu, il n'y a plus de retard dans l'exécution, puisqu'il n'y a pas lieu d'exécuter une obligation dont la résolution est demandée; il n'y a donc plus lieu d'accorder des dommages-intérêts pour le retard, mais bien pour l'inexécution; et ces dommages-intérêts consistent alors, s'il s'agit d'une chose qui était destinée à être revendue, dans la différence entre le prix d'achat et le cours, soit au jour où la délivrance aurait dû être effectuée, soit au jour où elle a été demandée (1); et s'il s'agit d'une chose destinée à un usage industriel, ou à être louée, dans le bénéfice dont l'acheteur a été privé par suite du défaut de délivrance et de la résolution qui en a été la suite.

1675. Les mêmes règles sont applicables si, la chose vendue étant une chose fongible, le vendeur se refuse à en opérer la livraison. Alors encore, le créancier ou l'acheteur a, comme nous l'avons déjà vu (2), le droit d'opter entre la résolution du contrat, et l'exécution de la vente au moyen d'un achat sur place opéré aux risques et périls du vendeur. Dans le premier cas, c'est-à-dire s'il y a résolution, les dommages-intérêts sont les mêmes que lorsqu'il y a résolution de la vente d'un corps certain et déterminé. Dans le second cas, c'est-à-dire si la vente est exécutée au moyen d'un achat fait sur place aux risques et périls du vendeur retardataire, les dommages-intérêts pour le retard sont les mêmes que lorsqu'il y a prise de possession d'un corps certain et déterminé. Et il en est ainsi quoique le prix de la chose achetée sur place aux risques et

(1) Cass., 15 mars 1855, S., 55, 1, 826.
(2) Voy. *sup.*, n. 1619.

périls du vendeur retardataire et pour tenir lieu de la chose par lui vendue, soit supérieur au prix qui avait été stipulé dans le contrat à l'exécution duquel le vendeur s'est refusé. Cette différence en plus dans le prix de remplacement n'est pas payée à titre de dommages-intérêts. L'acheteur n'en profite pas plus qu'il n'aurait perdu si le prix de remplacement eût été inférieur au prix du contrat. Il a droit à la chose : le vendeur qui ne la représente pas est tenu de la lui fournir, coûte que coûte; et, après l'avoir achetée sur place, aux risques et périls de ce dernier, l'acheteur, quel que soit le prix de la chose, est absolument dans la même position que si le vendeur s'était exécuté volontairement, et lui avait délivré la chose en nature : il a donc toujours droit aux dommages-intérêts pour le retard, qui consistent, comme je l'ai déjà dit, dans la différence en plus entre le prix d'achat et le cours le plus élevé qu'a atteint le prix de la chose depuis le jour où elle aurait dû être livrée, jusqu'à celui de l'achat sur place qui tient lieu de la prise de possession.

1676. Il est à remarquer du reste que, dans tous les cas où il y a délivrance volontaire ou forcée, soit par une mise en possession de la chose vendue, soit au moyen d'un achat sur place, l'acheteur n'a droit aux dommages-intérêts pour le retard, par cela seul qu'il y a eu une hausse dans le prix courant, qu'autant qu'il est commerçant. Cette hausse représente toujours, pour celui qui achète afin de revendre, un bénéfice dont il a été privé, et conséquement une perte dont il doit être indemnisé : *amissio lucri est damnum* (1). Si au contraire l'acheteur n'est pas commerçant, comme il achetait pour consommer et non pour revendre, il n'aurait pu profiter de la hausse, pas plus qu'il n'aurait souffert de la baisse ; lors donc qu'il a été livré de la chose, les variations intermédiaires dans le prix ne peuvent être pour lui une cause de dommages-intérêts qu'autant qu'il prouve que cette variation lui a occasionné un préjudice particulier (2). C'est là une diffé-

(1) Casaregis, *Disc.* 23, n. 61.

(2) M. Troplong, *De la vente*, t. I, n. 307. — Voy. aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 602 et suiv.

rence remarquable, non pas précisément entre le droit civil et le droit commercial, dont ici les principes sont les mêmes, mais entre les matières civiles et les matières commerciales.

1677. Quand la résolution de la vente a lieu pour défaut de payement du prix, le vendeur a droit à la restitution de la chose, et en outre à des dommages-intérêts si ce non-payement lui cause un dommage.

Si la chose vendue est un corps certain, et que l'acheteur se refuse à le restituer, le vendeur, que les circonstances empêcheraient d'en reprendre possession, a droit à des dommages-intérêts représentatifs de la valeur de cette chose et que le juge doit arbitrer d'après la perte éprouvée ou le gain manqué.

Si, au contraire, la chose vendue est une denrée ou une chose fongible, qui a un prix courant, l'acheteur, qui ne la restitue pas en nature, doit être condamné à en restituer la valeur selon le prix de la vente, parce que ce prix représente la valeur de la chose à l'égard du vendeur, avec les intérêts à partir de l'échéance du prix, sans augmentation en cas de hausse dans le prix courant. Comme les motifs sur lesquels repose cette proposition sont pris non-seulement dans les principes qui régissent les dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation de donner, mais aussi sur les principes spéciaux à l'inexécution des obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, il convient d'en envoyer le développement au paragraphe suivant (1).

Enfin, en cas de prêt d'une chose fongible, l'emprunteur qui ne rend pas la chose prêtée, est tenue d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le payement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait (2). L'obligation se change alors en une obligation de payer une certaine somme dont l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts qui se règlent suivant

(1) Voy. *inf.*, n. 1704.
(2) C. civ., 1903.

ce qui sera encore expliqué au paragraphe suivant (1).

1678. De ce que, dans les obligations de donner, les dommages-intérêts, quand la résolution du contrat n'est pas prononcée, ne représentent pas la chose même qu'on s'est obligé de donner, mais seulement le retard et le préjudice qui en résulte, il suit que, tout en accordant des dommages-intérêts, les tribunaux peuvent accorder un délai pour l'exécution de l'obligation dont le débiteur demeure toujours tenu (2).

1679. Dans les obligations de faire, on doit suivre des règles très-analogues à celles qui précèdent.

Ainsi, dans tous les cas où l'obligation de faire a pour objet une chose que le créancier peut faire exécuter lui-même aux dépenses du débiteur, s'il la fait exécuter, il a droit, outre les dépens d'exécution, aux dommages-intérêts du retard, quand ce retard lui a causé préjudice. Mais s'il opte pour la résolution, ou si la résolution est de droit (la chose ne pouvant être exécutée par le créancier aux dépens du débiteur), il a droit à des dommages-intérêts qui peuvent lui être accordés tant pour le retard que pour l'inexécution même (3).

1680. Si l'obligation est de ne pas faire, les dommages-intérêts dus par celui qui y contrevient par le seul fait de la contravention (4), ne peuvent jamais être pour le retard, parce qu'il ne peut jamais y avoir ni retard ni demeure dans les obligations de cette nature : ils ne sont dus que pour la contravention à la convention par laquelle le débiteur s'était obligé à ne pas faire.

1681. Du reste, outre les dommages-intérêts dont il vient d'être question, et qui, dans les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, sont dus *propter rem ipsam non habitam*, soit pour retard dans l'exécution, soit pour inexécution, il en peut être dû à raison des dommages extrinsèques causés par le défaut d'exécution, soit absolu, soit en temps utile. Ici, il faut appliquer les distinctions qui ont déjà été indiquées

(1) Voy. *inf.*, n. 1703.
(2) Cass., 21 mai 1855, S., 57, 1, 39.
(3) Cass., 26 juil. 1854, S., 55, 1, 33, et 25 mars 1857, S., 57, 1, 267.
(4) C. civ., art. 1145. — Voy. *sup.*, n. 1652.

entre le cas où l'inexécution de l'obligation est entachée de dol, et celui où il n'y a aucun dol à reprocher au débiteur; entre le préjudice direct et indirect, médiat et immédiat (1).

Telles sont les principales règles qui régissent les dommages-intérêts pour inexécution absolue ou pour exécution tardive des obligations en général. C'est là une matière fort abstraite, dans laquelle il est difficile d'être clair quand on veut être court, et qui, pour être convenablement traitée, demanderait par conséquent plus de développement et d'espace qu'il ne m'est permis de lui en consacrer.

Voyons maintenant les règles particulières aux dommages-intérêts dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme.

§ 2. *Des dommages intérêts résultant de l'inexécution des obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme.*

SOMMAIRE. — 1682. Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts sont toujours moratoires. — 1683. Assimilation des obligations qui ont pour objet des denrées ou choses fongibles, à celles qui ont pour objet une certaine somme. — 1684. Principes généraux sur l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel; texte de l'art. 1153 du Code civil. — 1685. Mise en demeure nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires. Mise en demeure *ex personâ;* demande en justice. — 1686. Faut-il un jugement de condamnation ? — 1687. Une demande excessive met-elle le débiteur en demeure ? — 1688. Faut-il que la dette soit liquide? — 1689. Il faut qu'elle soit exigible. — 1690. Du cas où le débiteur est en faillite. — 1691. En matière de lettre de change ou de billets à ordres, les intérêts courent, sans demande, du jour du protêt faute de payement. *Quid* du protêt faute d'acceptation ? — 1691 *bis*. *Quid* s'il y a eu dispense de protêt ? — 1692. Il faut une demande pour les intérêts des frais de protêt et autres. — 1693. *Quid*, des lettres de change réputées simples promesses, et des billets à ordre entre non-commerçants. — 1694. Du protêt des contrats à la grosse. — 1695. De la mise en demeure *ex pacto* quand des intérêts ont été stipulés. — 1696. De la mise en demeure *ex lege*, quand la loi les fait courir de plein droit. Exemples. — 1697. En matière commerciale les intérêts sont-ils dus de plein droit ? Cas où la loi les fait courir, soit par une sommation, soit par une disposition expresse : prix de vente ; apports sociaux; avances du mandataire; faillites, — 1698. Comptes courants. — 1699. Comment ils courent par une convention tacite. — 1700. En quoi consistent les dommages-intérêts ou intérêts moratoires. — 1701. On ne peut convenir de dommages-intérêts, ou d'intérêts excédant le taux

(1) Voy. *sup.*, n. 1672.

légal. — 1702. Des dommages-intérêts dus pour retard dans le payement d'une chose fongible. — 1703. Comment se fait la restitution d'une chose fongible.... en cas de prêt. — 1704...En cas de vente. — 1705. Dommages-intérêts en matière de cautionnement et de société. — 1706. De l'exception faite par l'art. 1153 quant à l'étendue des dommages-intérêts en matière commerciale. Du profit maritime. — 1707. Du rechange. Ce que c'est. — 1708. Les rechanges ne peuvent être cumulés. Comment ils sont réglés à l'égard du tireur et des endosseurs. — 1709. L'exception établie par l'art. 1153 pour les matières commerciales ne s'applique pas à la restitution des choses fongibles. — 1710. Intérêts des intérêts. Renvoi.

1682. L'obligation qui se borne au payement d'une certaine somme constitue une véritable obligation de donner une chose déterminée par son espèce et sa quantité. Le débiteur peut donc être contraint, par toutes les voies de droit, à exécuter son obligation qui jamais ne se résout en dommages-intérêts; il doit tant qu'il n'a pas payé, et ne peut se libérer qu'en payant précisément ce qu'il doit.

Il suit de là que, dans les obligations de cette nature, les dommages-intérêts ne peuvent jamais être alloués pour tenir lieu de l'exécution de l'obligation, ils ne sont jamais dus que pour le retard (1). De là vient leur nom d'intérêts *moratoires*.

1683. On doit assimiler les obligations qui ont pour objet une certaine quantité de choses fongibles ou de choses qui se consomment par l'usage, aux obligations de sommes, puisqu'elles se résolvent toujours en une obligation de payer la somme représentative de la valeur de la chose; elles sont donc, en général, régies, quant aux dommages-intérêts, par les mêmes règles. Nous verrons cependant bientôt que cette assimilation n'a pas lieu dans tous les cas (2).

1684. Pour l'intelligence complète des règles qui vont suivre sur les dommages-intérêts dus à raison du retard dans le payement d'une somme d'argent, il est nécessaire de faire observer d'abord qu'on peut, dans toute obligation de sommes, stipuler des intérêts; mais que la loi du 3 septembre 1807 (3), fondée sur un principe restrictif de la liberté des conventions, fixe le

(1) C. civ., art. 1153.

(2) Voy. *inf.*, n. 1702.

(3) Voy. aussi la loi du 19 déc. 1850.

maximum de l'intérêt qui peut être convenu, à cinq pour cent en matière civile, et à six pour cent en matière de commerce; et que, dans tous les cas où une somme due est de plein droit productive d'intérêts, ces intérêts sont dus au taux légal de cinq ou six, suivant qu'il s'agit d'une matière civile ou d'une matière commerciale. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer la théorie de l'intérêt, soit suivant les principes de la législation, soit suivant ceux de l'économie politique. Il suffit d'indiquer le résultat auquel la législation est arrivée, et son système restrictif, système dont les règles relatives aux dommages-intérêts pour retard dans le payement d'une somme due sont les conséquences et le corollaire.

Ces règles sont établies par l'article 1153 du Code civil qui est ainsi conçu.

« Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. »

Ici, comme lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts ordinaires, deux points principaux sont donc déterminés par la loi : le premier, l'époque à laquelle les dommages-intérêts, ou intérêts moratoires, sont dus; en d'autres termes, quand le débiteur est en demeure; le second, en quoi consistent ces dommages-intérêts. Examinons successivement les règles générales qui régissent ces deux questions distinctes et les exceptions qui les modifient.

1685. La règle générale est que les intérêts moratoires ne sont dus que du jour de la demande (1). Ils sont dus pour le retard : il faut donc que le débiteur soit en retard, en d'autres termes, qu'il soit constitué en demeure, soit par une interpellation, *ex personâ*, soit par la convention, *ex pacto*, soit par

(1) C. civ., 1153.

la loi, *ex lege*. Mais, en cette matière spéciale, on exige pour la mise en demeure *ex personâ* un acte particulier : il faut une demande en justice, et cette demande doit comprendre non-seulement le principal de l'obligation, mais encore les intérêts auxquels on prétend à raison du retard. Il ne suffirait pas de demander le principal ; et la demande des intérêts formée au cours d'une instance qui n'aurait pour objet originaire que le capital, ne ferait courir les intérêts que du jour de la demande qui en serait spécialement faite (1). A plus forte raison une sommation extrajudiciaire semblable à celle qui constitue le débiteur en demeure dans les obligations ordinaires (2), ou une lettre missive ne serait-elle pas suffisante (3).

Mais il n'est pas nécessaire que la demande soit suivie d'un jugement. C'est la demande et non le jugement de condamnation qui constitue le débiteur en demeure. Il suit de là que, si après la demande, et avant qu'un jugement ait été obtenu, le débiteur voulait se libérer, il devrait payer, non-seulement le capital de l'obligation, mais encore les intérêts courus depuis la demande (4).

1686. Dans l'ancien droit italien on décidait quelquefois que le débiteur qui avait une juste cause de croire qu'il ne devait rien, n'était mis en demeure que par le jugement de condamnation. *Habens justam causam credendi se non debitorem, non dicitur constitutus in morâ nisi post sententiam*, dit une décision de la rote de Gênes (5). Et Ansaldus disait, d'après une foule de docteurs aujourd'hui fort inconnus, qu'une juste cause de plaider excusait le débiteur de la demeure qui n'était alors encourue que par le jugement de condamnation : *Justa causa litigandi excusat debitorem à morâ* (6). Mais cette opinion n'était pas générale, et le sentiment contraire était suivi par

(1) Toullier, t. VI, n. 672; MM. Aubry et Rau, t. III, p. 65; Demolombe, t. I, n. 627; Bordeaux, 6 mai 1847, et Limoges, 4 fév. 1847, S., 47, 2, 449. *Contrà*, Cass., 20 nov. 1848, S., 49, 1, 129.
(2) Voy. *sup.*, n. 1637.
(3) Cass., 13 janv. 1852, S., 52, 1, 238.
(4) Cass., 17 nov. 1807, S., 2, 1, 449; D., 10, 491.
(5) Décis. 118, n. 2.
(6) *Disc.* 34, n. 45.

Casaregis (1) et par un grand nombre d'auteurs et de tribunaux, *utpote æquior et communior*. Aujourd'hui, indépendamment de la généralité des termes de l'article 1153, qui dispose sans distinction que les intérêts moratoires sont dus à partir de la demande, et qui ne suppose pas qu'ils puissent n'être dus qu'à partir du jugement de condamnation, il est manifeste qu'il n'y aurait aucune justice à priver le créancier des intérêts courus à partir de la demande, sous prétexte de la bonne foi du débiteur, qui croyait qu'il ne devait pas. Si, en définitive, les tribunaux jugent qu'il doit, ou si lui-même, mieux éclairé, finit par reconnaître la dette, l'erreur dans laquelle il a été ne peut préjudicier au créancier qui ne se trompait pas dans ses prétentions, et qui était par conséquent également de bonne foi dans sa demande. Ce serait donc se laisser prendre à un semblant d'équité que de refuser d'allouer au créancier les intérêts moratoires, à partir de la demande, sous prétexte que le débiteur a pu justement croire qu'il ne devait pas.

1687. Il y avait du reste autrefois un penchant très-prononcé à favoriser, à cet égard, le débiteur aux dépens du créancier. Ainsi Ansaldus (2) et Casaregis (3) décidaient encore qu'une demande formée pour une somme qui excédait le montant de la créance ne constituait pas le débiteur en demeure, même pour la somme réellement due : *interpellationem factam pro summâ verum debitum excedente aptam non esse constituere debitorem in morâ, nec etiam pro summâ vere debitâ*. Une telle décision n'a rien d'équitable ni de logique, car le moins est évidemment contenu dans le plus ; et le débiteur, à qui on demande plus qu'il ne doit, pouvant, en offrant de payer ce qu'il doit, satisfaire immédiatement le créancier ou le mettre dans son tort, il n'y a aucune raison pour refuser à la demande l'effet ordinaire qui y est attaché, jusqu'à concurrence de la somme due : l'excès de la demande n'en détruit pas le fondement.

(1) *Disc.* 30, n. 40 et suiv.
(2) *Disc.* 34, n. 47.
(3) *Disc.* 199, n. 85.

1688. Par les mêmes raisons, je pense qu'encore bien qu'une dette ne soit pas liquide, le débiteur est mis en demeure par la demande de la somme due, quelle qu'elle soit, et des intérêts, ou bien encore par une demande à fin de compte, s'il y a un compte à faire entre les deux parties ; et qu'il doit les intérêts de la somme dont, en définitive, il est reconnu débiteur, à partir de la demande, et non à partir de la liquidation. La rote de Gênes (1), Roccus (2) décident encore le contraire : *Rationes et computa dùm sunt incerta et intricata, non potest debitor constitui in morâ, et interesse non debetur nisi factâ liquidatione ;* mais c'est à tort. En effet, le débiteur pouvait faire liquider la créance sans attendre la demande ; la demande le met donc en demeure de faire ce qu'il pouvait, et par conséquent ce qu'il devait faire. Rien ne l'empêche d'ailleurs de faire, après la demande, des offres de la somme qu'il estime devoir, et d'arrêter ainsi le cours des intérêts moratoires (3).

1689. Mais il est manifeste qu'il en serait autrement, si la créance non liquide n'était pas encore exigible, puisque, avant l'exigibilité, le débiteur n'est tenu ni de liquider ni de payer (4).

1690. Il y a un cas particulier où la demande et la mise en demeure qui en résulte ne produisent pas les effets ordinaires qu'y attache l'article 1153. C'est celui où le débiteur est en faillite. Aux termes de l'article 445 du Code de commerce, le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilége, par un nantissement ou par une hypothèque. Par conséquent, une mise en demeure, postérieure au jugement déclaratif, ne fait pas courir les intérêts moratoires relativement à la masse des créanciers chirographaires. Mais, comme d'après l'article 445 précité, la déclaration de faillite n'arrête

(1) Décis. 164, n. 1.

(2) *De societate mercatorum, notab.* 95, n. 202.

(3) Cass., 21 nov. 1820, S., 6, 1, 42; D., 7, 668 ; Paris, 26 mars 1831, S., 31, 2, 249 ; D., 31, 2, 138.

(4) Ansaldus, *Disc.* 7, n. 9 et 10 ; *Disc.*, 8, n. 22.

le cours des intérêts qu'à l'égard de la masse, de telle sorte que le créancier ne peut prendre part dans l'actif de la faillite pour les intérêts courus depuis le jugement déclaratif, il faut en conclure que ces intérêts continuent cependant de courir contre le failli qui en reste personnellement débiteur, et que la mise en demeure, postérieure à la déclaration de faillite les fait courir contre le failli, bien qu'elle ne puisse les faire courir à l'égard de la masse.

Quant aux créanciers garantis par un privilége, par un nantissement ou par une hypothèque, que la loi place dans une position exceptionnelle, et qui, ne faisant pas partie de la masse chirographaire, sont régis par des règles particulières, ils peuvent, nonobstant la faillite, faire courir les intérêts moratoires par une demande judiciaire, mais ils ne peuvent réclamer ces intérêts que sur les sommes provenant des biens affectés au privilége, à l'hypothèque ou au nantissement (1).

Ces règles de notre droit actuel tranchent la difficulté d'une manière plus précise que ne l'avaient fait les anciens docteurs en droit commercial, qui décidaient tantôt que la faillite n'arrêtait pas le cours des intérêts dus en vertu d'une convention : *contrà decoctum usuras adhùc currere, quandò ex conventione vel stipulatu debitæ sunt* (2) ; et tantôt que les intérêts moratoires cessaient au moment de la faillite, *quia debitor non potest dici in morâ dùm adhùc si vellet solvere non posset* (3), sans faire d'ailleurs aucune distinction entre les droits généraux de la masse et ceux du failli. Il y avait une contradiction évidente à refuser les intérêts moratoires, sous prétexte que le failli ne pouvait payer, et à faire courir les intérêts conventionnels d'un capital qu'il lui était également impossible de payer. Le mieux assurément était de faire comme la loi actuelle, d'arrêter le cours des intérêts relativement à la masse dans un but d'équité, afin que les intérêts des grosses créances n'absorbassent pas le capital des petites ; mais en même temps, et pour

(1) C. com., art. 445 ; Cass., 14 juill. 1829, S., 9, 1, 231 ; D., 29, 1, 303 ; et 2 avril 1833, S., 33, 1, 278 ; et D., 33, 1, 160.

(2) Casaregis, *Disc.* 120, n. 30.

(3) Ansaldus, *Disc.* 87, n. 21 et suiv.

ne pas ajouter aux pertes que la faillite impose aux créanciers, de les maintenir dans leurs droits contre le failli personnellement, en leur laissant la faculté d'en faire usage quand les circonstances le leur permettraient.

1691. En règle générale, c'est donc la demande judiciaire qui fait courir les intérêts moratoires, qui constitue le débiteur en demeure, *ex personâ*, et qui remplace dans cette matière spéciale l'interpellation ou la sommation dont la loi se contente, quand il s'agit de l'exécution des obligations de donner ou de faire.

Cependant il est un cas particulier, en matière commerciale, où les intérêts moratoires courent par l'effet d'une simple sommation, sans qu'il soit besoin d'une demande judiciaire. C'est le cas prévu par les articles 185 et 187 du Code de commerce, aux termes desquels l'intérêt d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, protestés faute de payement, est dû à compter du jour du protêt (1). Mais il faut bien remarquer que cette disposition exceptionnelle n'est applicable que dans le cas où il s'agit d'un protêt faute de payement, c'est-à-dire quand la lettre de change ou le billet à ordre sont protestés après leur échéance. Si, au contraire, il s'agissait d'un protêt, faute d'acceptation, c'est-à-dire de celui qui est fait quand avant l'échéance le tiré refuse d'accepter la lettre de change, il est de toute évidence que le principal de la lettre de change ne pouvant produire d'intérêts avant l'échéance, le défaut d'acceptation et le protêt qui le constate ne peuvent constituer le débiteur, quel qu'il soit, en retard de payer, ni conséquemment rendre le principal de la lettre productif d'intérêts. Si donc à l'échéance le tiré qui n'avait pas accepté paye, il ne doit que le capital sans intérêts ; s'il ne paye pas, et qu'il y ait protêt faute de payement, les intérêts ne courent que du jour de ce protêt.

Il ne peut y avoir aucune difficulté sur ce point : le texte de l'article 185 est formel. Mais la question peut se compliquer. L'article 120 du Code de commerce porte que, sur la notification du protêt, faute d'acceptation, les endosseurs et le tireur

(1) C. Com., art. 184 et 185. — Voy. Cass., 29 nov. 1852, S, 1, 792.

sont respectivement tenus de donner caution pour le payement de la lettre de change à son échéance, ou d'en effectuer le remboursement. Cette notification, qui emporte avec elle demande de caution ou de remboursement, fait-elle courir les intérêts du capital de la lettre de change, et à partir de quelle époque les fait-elle courir ? Pour résoudre la question, il faut ne pas oublier que jusqu'à son échéance le capital de la lettre de change, pas plus que tout autre capital non échu, ne peut produire des intérêts moratoires ; il y a même ici cette raison particulière que le change payé par celui à qui a été fournie la lettre de change représente les intérêts du capital pour tout le temps qui doit s'écouler entre la création de l'effet et son échéance, de telle sorte qu'allouer des intérêts pour ce capital, avant qu'il soit échu, serait lui faire produire deux fois des intérêts. Si donc la caution est fournie, ou le remboursement obtenu avant l'échéance, l'un et l'autre ne peuvent comprendre que le capital sans intérêts. Mais si le cautionnement ou le remboursement n'ont lieu qu'après l'échéance, les intérêts sont dus à partir de cette époque, parce que la demande en justice, qui a la vertu de faire courir les intérêts, et dont les effets à cet égard étaient suspendus tant que le capital n'était pas échu, obtient ses effets légaux, lorsque l'échéance rend le capital productif (1).

1691 *bis*. Il a été jugé, et avec raison, je le crois, que la dispense du protêt qui a pour effet de conserver tous les droits du porteur de la même manière que s'il y avait eu protêt, a pour résultat, comme le protêt lui-même, de faire courir les intérêts du jour où la lettre de change a été présentée au tiré pour être payée. La convention fait alors produire à la présentation sans protêt, l'effet que la loi attribue à la présentation suivie de protêt (2).

1692. Il faut d'ailleurs remarquer que la règle qui fait courir les intérêts, à partir du protêt faute de payement, ne s'applique qu'aux intérêts du capital ; quant à l'intérêt des frais

(1) Cass., 11 juil. 1845, S., 44, 1, 379.
(2) Cass., 2 juil. 1856, et 5 janv. 1864, S., 64, 1, 84.

de protêt, rechange (1) et autres frais légitimes, il n'est dû qu'à compter du jour de la demande en justice : c'est là la disposition expresse de l'article 185 du Code de commerce.

1693. Il faut encore remarquer que cette règle ne s'applique pas aux lettres de change réputées simples promesses (2), et qui par cette raison ne peuvent jouir des bénéfices spécialement conférés aux véritables lettres de change, bénéfices qui sont d'ailleurs corrélatifs à des charges et à des conditions dont les lettres de change, réputées simples promesses, sont affranchies (3).

Il a aussi été jugé que la disposition de l'article 185, combiné avec l'article 187, qui fait courir les intérêts d'un billet à ordre du jour du protêt, comme ceux d'une lettre de change, ne s'applique pas aux intérêts des billets à ordre souscrits par des non-commerçants, ou qui n'ont pas une cause commerciale, et que, dans ce cas, les intérêts ne courent que du jour de la demande (4). Mais je ne crois pas que cette jurisprudence doive être suivie. L'article 187 du Code de commerce, en déclarant applicables aux billets à ordre la plupart des dispositions qui régissent les lettres de change, et en comprenant nommément dans ces dispositions communes celles qui régissent les intérêts, ne fait aucune distinction entre les billets à ordre souscrits par un commerçant, ou par un non commerçant, entre ceux qui ont une cause commerciale et ceux qui ont une cause purement civile. Il est vrai que cet article 187 ajoute finalement que l'assimilation qu'il établit entre les lettres de change et les billets à ordre a lieu sans préjudice des dispositions relatives aux cas prévus par les articles 636, 637 et 638. Mais, en se reportant à ces articles, on voit que les seules exceptions qu'ils apportent aux assimilations établies par l'article 187 sont relatives à la contrainte par corps et à la compétence, de telle sorte que, à la différence des lettres de change qui sont toujours soumises à la juridic-

(1) Voy. *inf.*, n. 1707.

(2) C. com., art. 112.

(3) Cass., 5 vend., an XI, S., 1, 1, 695 ; D., 3, 1, 354.

(4) Bordeaux, 19 déc., 1836, S., 38, 2, 123.

tion commerciale, et qui entraînaient toujours la contrainte par corps, quels que soient leurs signataires, et quelles que soient leurs causes, les billets à ordre qui ne portent que des signatures d'individus non commerçants, et qui n'ont pas pour cause des opérations de commerce, appartiennent à la juridiction civile, et ne pouvaient entraîner la contrainte par corps contre les individus non commerçants. Il n'y a donc rien à conclure de cette exception spéciale et déterminée à ce qui doit avoir lieu relativement aux intérêts qui restent, dans tous les cas, régis par les dispositions communes aux lettres de change et aux billets à ordre (1).

1694. La règle de l'article 185 est applicable aux obligations autres que la lettre de change et le billet à ordre, qui sont stipulées transmissibles par voie d'endossement, par exemple, au contrat à la grosse qui peut être fait à ordre (2). Quand le contrat à la grosse est à ordre, le protêt fait au débiteur, après la cessation des risques, fait courir les intérêts de terre du capital prêté (3), intérêts qui ne courent que du jour de la demande quand le contrat n'est pas à ordre (4).

1695. Telles sont, en matière d'obligations qui se bornent au payement d'une somme d'argent, les règles relatives à la mise en demeure *ex personâ*, c'est-à-dire qui résultent d'une demande judiciaire ou d'une interpellation. Mais, en cette matière comme en toute autre, l'interpellation, ou la demande judiciaire qui en tient lieu, n'est nécessaire, pour mettre le débiteur en demeure, que lorsqu'il n'y est pas constitué par l'effet de la convention, *ex pacto*, ou par la volonté de la loi, *ex lege*.

En effet, de ce qu'il est permis de stipuler des intérêts pour une somme prêtée (5), ou, ce qui revient au même, pour une somme due, il faut conclure que lorsque ces intérêts ont été stipulés, ils sont dus de plein droit à partir de l'époque convenue, sans qu'il soit besoin d'une demande judiciaire, car la

(1) Pardessus, n. 480.
(2) C. com., art. 313.
(3) Marseille, 16 mai 1832 (*Journal de Marseille*, 13, 1, 177).
(4) Locré, sur l'art. 328 du Code de commerce ; Pardessus, 917. — Sur le profit maritime, Voy. *inf.*, n. 1706.
(5) C. civ., 1905.

demande a précisément pour objet de tenir lieu de la convention (1).

Ce point, qui aujourd'hui ne peut être douteux, était autrefois l'objet des plus vives controverses, parce qu'il se rattachait à la question, si débattue entre les canonistes et les jurisconsultes, de la légitimité du prêt à intérêt. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner cette question, dans la solution de laquelle les jurisconsultes eux-mêmes, longtemps divisés, n'ont fini par l'emporter sur les canonistes qu'à l'aide des secours que leur ont apportés les lumières de l'économie politique. Il est à remarquer cependant que la divergence existait même en matière commerciale, où les uns soutenaient, avec Casaregis (2) et Ansaldus (3), qu'on pouvait stipuler d'avance les intérêts ou dommages-intérêts du retard : *Interesse solvendi pactum habetur loco moræ ;* et où les autres, moins éclairés, refusaient d'allouer les intérêts stipulés, et n'accordaient que ceux qui avaient couru par suite d'une mise en demeure : *Quod licita non sit à principio taxatio interesse, sed omni jure improbata* (4).

Il y a hésitation sur le point de savoir si la stipulation des intérêts doit être expresse et formelle, ou si elle peut résulter de l'ensemble des faits et des circonstances : bien que cette question se rattache plus particulièrement aux règles du *prêt à intérêt* qui ne rentrent pas quant à présent dans mon sujet, j'y reviendrai cependant tout à l'heure (5).

1696. Quant à la demeure par l'effet de la loi, *ex lege*, elle est expressément reconnue par l'article 1153 du Code civil, qui porte que les intérêts, ou les dommages-intérêts du retard dans les obligations qui se bornent au payement d'une somme d'argent, ne sont dus que du jour de la demande, excepté quand la loi les fait courir de plein droit. Dans ce cas, les intérêts sont dus à partir de l'époque déterminée par la loi,

(1) Cass., 10 mai 1837, S., 37, 1, 1008; D., 37, 1, 338.

(2) *Disc.* 41, n. 13 et suiv.; *Disc.* 169, n. 24 et suiv.; *Disc.* 199, n. 93; *Disc.* 201, n. 8.

(3) *Disc.* 76, n. 3 et suiv.; *Disc.* 100, n. 4 et suiv., 19 et suiv.

(4) Rote de Gênes, décis. 91, n. 31 et 32.

(5) Voy. *inf.*, n. 1701.

dont la disposition supplée, soit à la demande judiciaire, soit à la convention.

On trouve des exemples d'intérêts qui courent par l'effet de la disposition seule de la loi, dans l'article 1652 du Code civil, qui fait courir les intérêts du prix de vente d'une chose qui produit des fruits ou autres revenus, à partir du jour où la chose a été livrée ; dans l'article 1848 du même Code relatif à l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait, contre lequel les intérêts de la somme due courent du jour où elle devait être payée (1) ; dans l'article 2001, aux termes duquel l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées ; enfin, dans l'article 2028, qui accorde un recours à la caution, contre le débiteur principal, tant pour le capital déboursé, que pour les intérêts de ce capital, à partir du jour où il a été déboursé.

1697. Ici se présente la question de savoir si, en matière commerciale, les intérêts sont dus de plein droit sans demande judiciaire : question fort complexe et qui ne peut se résoudre d'une manière absolue et tout d'une pièce. C'est là ce qui explique les solutions fort diverses qu'elle a reçues, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence.

Il est d'abord, en matière commerciale, des cas où la loi exige, d'une manière expresse, un acte de mise en demeure pour faire courir les intérêts d'une somme due : tel est le cas où il s'agit du payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. On a vu (2) que dans les obligations de cette nature, qui ont au plus haut degré le caractère commercial, et qui sont l'expression la plus ordinaire des obligations qui, entre commerçants, se réduisent au payement d'une certaine somme, les intérêts du capital ne courent qu'à partir du protêt faute de payement, et que les intérêts des frais ne courent qu'à partir de la demande en justice.

Il est d'autres cas où, par application des principes généraux

(1) Et cela, alors même que la société serait nulle. Cass., 6 août 1862, S., 62, 1, 733.

(2) *Sup.*, n. 1690.

régissent également les matières civiles et les matières
ımerciales, la loi fait courir les intérêts de plein droit.
si les intérêts d'un prix de vente qui doit être payé com-
nt sont dus à partir du jour de l'achat ou de la livraison,
s qu'il soit nécessaire de mettre l'acheteur en demeure de
er, soit par une sommation, soit par une demande en
ice, *senz'altra interpellazione, o constitutione in morâ*, disait
cien statut de Livourne (1), conformément à l'article 1652
Code civil, qui met ces intérêts de plein droit à la charge
l'acheteur si la chose vendue et livrée produit des fruits
ıutres revenus. Or, en matière commerciale, toute mar-
ndise, toute denrée ou chose fongible, qui sous le point
vue purement civil ne serait pas suceptible de produire
fruits, étant achetée pour être revendue, est dès lors des-
:e à produire un bénéfice ou un revenu; ce qui en fait tom-
le prix sous l'application de l'article 1652 du Code civil (2);
différence du cas où ces marchandises ou denrées se-
nt vendues par un marchand à un particulier pour sa con-
ımation; à l'égard du consommateur, les marchandises
produiraient ni fruits ni revenus, et il ne devrait l'intérêt
prix qu'à partir de la demande en justice.... « *Che rispetto
merci che se spediscono à credito ai particolari per uso di essi,
'lle loro famiglie, non baster à l'annotazione nel libro dei mer-
:ı, ma vi vorrâ un' interpellanza giudiciale per costitiure il de-
re in morâ; ed esigerne poi l'interesse....* (3). »

.t quant aux intérêts du prix de vente pour lequel un terme
é stipulé, ils sont dus, seulement à partir de l'échéance de
erme, parce que les intérêts antérieurs sont réputés joints
prix principal, qui a été déterminé en considération de ce
ne, tellement que si l'acquéreur anticipe sur ce terme en
ant avant son échéance, il retient son escompte, qui est la
résentation de ces intérêts.

.insi encore, on trouve dans les règles générales qui ont

) Casaregis, *Disc.* 199.
) Pardessus, n. 289; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 670. Voy.
ıméro qui précède.
) M. Mantelli, *Giurispr. del codice di commercio*, t. I, p. 54.

déjà été indiquées plus haut (1) le principe du droit du créancier aux intérêts, sans sommation ni demande préalable, des apports en matière de société, et des avances faites par le mandataire ou le commissionnaire. Dans tous ces cas le droit commun suffit, et il n'y a pas lieu de recourir à des règles particulières que le droit commercial n'aurait eu besoin de formuler que si le droit civil ne les lui eût pas fournies.

De même les intérêts des sommes payées par un failli depuis sa faillite, en fraude de ses créanciers, et dont la restitution est ordonnée, sont dus du jour du payement, et non pas seulement du jour de la demande en restitution, parce que le créancier à qui une somme a été frauduleusement payée ne peut être considéré comme un possesseur de bonne foi, et par conséquent, faire siens les fruits, revenus ou intérêts de la somme qu'il a touchée (2).

1698. Enfin, la règle de droit commun, suivant laquelle les avances faites par un mandataire sont de plein droit productives d'intérêts, sert à résoudre une question qui se présenterait journellement dans la pratique commerciale si les conventions des parties ne la résolvaient pas d'avance dans un grand nombre de cas : c'est celle de savoir si les sommes portées dans un compte courant sont réciproquement productives d'intérêts, en l'absence des conventions, ou si, au contraire, les intérêts ne courent que par une demande en justice, à fin de règlement du compte et de payement du reliquat.

La jurisprudence décide d'une manière assez unanime que les intérêts des sommes portées dans un compte courant sont dus de plein droit par celle des parties au débit de laquelle ils figurent, à partir du jour des avances constatées (3). Elle

(1) Voy. le numéro qui précède.

(2) C. civ., art, 549 et 550. Cass., 2 juill. 1834, S., 34, 1, 710; D., 34, 1.

(3) Voy. notamment Bordeaux, 4 juillet 1832, S., 33, 2, 55; D., 33, 2, 19; Cass., 8 mars 1853, *ibid.*, 54, 1, 769; 24 mai 1854, *ibid.*, 55, 1, 737; Lyon, 20 mars 1857, *ibid.*, 58, 2, 700; Cass., 14 nov. 1864, S., 64, 1, 491. — Il a même été jugé, par l'arrêt précité du 8 mars 1853, que les lettres de change, passées dans un compte courant, produisent intérêt, non pas seulement à partir du jour du protêt, mais à partir du jour où elles sont entrées dans le compte.

se fonde, pour décider ainsi, sur l'usage commercial, qui, en matière de compte courant, aurait consacré le droit pour chacune des parties de faire figurer à son crédit l'intérêt des sommes dont elle est en avance.

Cela peut être une raison (1) ; mais il y en a une plus décisive, et qui laisse moins de place à l'interprétation : les comptes courants portent intérêts de plein droit, dit très-bien M. Pardessus (2), parce que les correspondants sont respectivement mandataires.

En effet, que se passe-t-il lorsque deux parties entrent en compte courant ? Elles se font des avances réciproques qui, passées dans le compte, deviennent respectivement des articles de débit et de crédit, lesquels additionnés à des périodes déterminées, donnent un reliquat en faveur de l'un ou de l'autre des correspondants qui en devient créancier. Or, ces avances, se résumant toujours en sommes payées par l'un des correspondants en l'acquit de l'autre, sont en réalité des avances faites par un mandataire, puisqu'elles sont l'exécution d'un contrat par lequel les deux parties sont convenues de payer l'une pour l'autre, ou, ce qui revient au même, de se faire des avances réciproques. Il en est indubitablement ainsi, soit lorsque l'un des deux tire sur l'autre, et le constitue ainsi spécialement mandataire pour payer, soit lorsque l'un paye pour l'autre, sans disposition préalable, et se constitue lui-même mandataire. Ce sont là des avances proprement dites, qui portent intérêt du jour où elles ont été faites ou constatées. Il en doit être également ainsi relativement aux remises en argent ou en effets faites par l'un des correspondants à l'autre, parce que ces remises, qui ont pour objet de couvrir des avances faites ou à faire, lesquelles sont elles-mêmes productives d'intérêt, sont des avances indirectes et doivent produire des intérêts comme les avances proprement dites ; autrement la position des deux parties ne serait pas égale, puisque celui qui paye pour le compte de son correspondant profiterait de l'intérêt de ses avances, tandisque celui

(1) Voy. le numéro suivant.
(2) *Droit com.*, n. 475. V. aussi M. Demolombe, t. II, n. 633.

dont les avances seraient faites sous forme de remises directes ne jouirait pas des mêmes avantages : ces remises directes, qui sont une conséquence du mandat, doivent donc être assimilées aux avances proprement dites, et être comme elles productives d'intérêts à partir du jour où elles ont été effectuées jusqu'au jour du règlement de compte. Quant au reliquat, il produit intérêt à partir du règlement, parce que, si le compte courant continue, il devient le premier article ou la première avance du compte nouveau, et parce que, si le compte courant cesse, il est le résumé des avances passées. *Mercatores pro partitis de quibus remanent creditores suorum corresponsalium*, dit Casaregis, *possunt semper petere interesse, licet nulla interpellatio intercesserit, et sic de stilo inter mercatores practitatur... Quia inter mercatores ferè semper in gerendis ad invicem negotiis suorum corresponsalium intercedunt commissiones, ordines et mandata, ex quibus absque interpellatione oritur interesse, nam mandatarius semper est in morâ nec non mandans, quando non adimplet ex sui parte* (1).

MM. Delamarre et Lepoitvin, tout en reconnaissant que les sommes portées dans un compte courant sont de plein droit productives d'intérêt, ne voient dans ce résultat qu'une application de l'usage commercial, et refusent aux correspondants la qualité de mandataires réciproques, en se fondant sur ce que celui à qui est faite une remise en effets devient propriétaire de la créance cédée, et ne la recouvre pas comme mandataire ou commissionnaire du remettant, mais comme propriétaire (2). Cela est indifférent à la solution de la question. Il ne s'agit pas de savoir si les correspondants agissent comme mandataires réciproques lorsqu'ils recouvrent les remises qui leur sont faites, mais s'ils agissent comme mandataires en faisant des avances l'un pour l'autre, soit sous la forme de payements en l'acquit l'un de l'autre, soit sous la forme de remises; ce qui est tout différent. Je crois avoir prouvé que, dans ce dernier cas, ils agissent incontestablement comme mandataires réciproques; et cela

(1) *Disc.* 41, n. 26 et suiv.
(2) T. II, p. 872 à la note.

suffit pour justifier le cours des intérêts de plein droit, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter au point de vue, tout à fait étranger à la question, auquel se sont placés les savants auteurs du *Traité du contrat de commission.*

1699. On voit donc qu'en matière commerciale la loi règle elle-même le cours des intérêts dans un grand nombre de cas, soit à partir du protêt ou de la demande, en matière d'effets négociables par voie d'ordre; soit à partir de l'achat ou de la livraison en matière de vente; soit, en matière de société et pour les apports non réalisés, à partir du jour où ils auraient dû l'être; soit à partir du jour des avances constatées, en matière de mandat et de commission, et, par suite, en matière de comptes courants. Et si l'on remarque que les hypothèses qui précèdent embrassent la plupart des cas commerciaux, d'autant plus que, lorsque des avances sont faites entre commerçants qui ne sont pas en compte courant, ou lorsqu'un commerçant se trouve débiteur d'un autre à quelque titre que ce soit, il arrive le plus ordinairement que la somme due est réglée en effets qui comprennent les intérêts échus, et qui ne sont eux-mêmes productifs d'intérêts que par l'effet d'un protêt faute de payement, on reconnaîtra que la question de savoir si, en matière commerciale, les intérêts sont dus de plein droit et sans mise en demeure, perd considérablement de son importance, et que le nombre des cas dans lesquels elle peut se présenter est, dans le fait, très-réduit. Toutefois, la jurisprudence est là pour attester qu'elle peut se présenter. Il faut donc l'examiner.

Casaregis la résout affirmativement, en invoquant à l'appui de son opinion de nombreuses autorités, qui démontrent que l'usage ancien et universel de la pratique commerciale admettait qu'en cette matière les intérêts des sommes dues couraient de plein droit et sans qu'il fût besoin d'interpellation, usage qui se fondait sur ce que les commerçants sont toujours présumés avoir besoin de leur argent qu'ils ne conservent jamais improductif ou à ne rien faire, de telle sorte que celui qui leur doit est toujours réputé en demeure de payer parce qu'ils sont toujours réputés avoir la volonté de

recevoir. *Non potest dubitari debitor quin mercatorum sit suas pecunias rehabendi, nam nunquam solent otiosas p retinere, sed semper eas in negotiis traficare, vel super girare et regirare* (1).

Néanmoins, sous l'ancien droit, on décidait général en France qu'entre marchands ou en matière comm l'intérêt ne courait que du jour de la demande. Savary Nicodème (3) étaient précis sur ce point. Mais leur d se fondait sur l'article 60 de l'ordonnance d'Orléans vier 1560 et sur l'article 9 de l'édit du mois de novembr qui, il faut le reconnaître, laissaient peu de prise à l'c contraire (4). Même jurisprudence dans les Pays-Bas, édits de Charles-Quint allaient jusqu'à défendre aux ciants de stipuler des intérêts pour plus d'une ann manière qu'après la résolution d'une année toute dett affranchie même des intérêts conventionnels (5).

Ces prohibitions légales, qui avaient pour principal ment la défaveur jetée sur toutes les stipulations d'i expresses ou tacites, n'ont plus aujourd'hui aucune d'être, et ont disparu devant les lois nouvelles qui on placé l'ancienne législation. La question se présente dégagée de tout entourage législatif. La loi est neutr difficulté consiste uniquement à savoir si la règle gé suivant laquelle les intérêts des sommes dues ne courei partir de la mise en demeure, s'applique aux sommes d vertu d'obligation commerciales autres que celles re ment auxquelles une disposition spéciale établit un point de départ particulier.

Il y a sur ce point une grande divergence dans les opi D'après les uns, dans le commerce même, il n'y a d'i qu'autant qu'on en est convenu, excepté dans les cas o y supplée; et à défaut de convention ils ne courent q

(1) *Disc.* 41, n. 32.
(2) Parère, t. II, p. 526.
(3) *Exercice des commerçants*, p. 21.
(4) Cass., 3 brum. an VIII, S., 1, 1, 263.
(5) M. Merlin, *Quest.*, v° *Intérêts*, § 2.

jour de la demande en justice contre le débiteur en retard (1); d'après les autres, au contraire, il est de la nature des créances commerciales de produire intérêts sans demande préalable (2). Ni l'une ni l'autre de ces deux opinions ne me paraît complétement exacte. Je crois plus vrai de dire avec M. Pardessus que les intérêts sont dus lorsqu'ils ont été promis, ou lorsque l'obligation de les payer résulte soit de la nature et de l'espèce de la négociation, soit de l'usage des lieux qui peut suppléer aux conventions expresses (3). C'est en effet un principe de droit commun qui reçoit en matière commerciale une application toute particulière, qu'on doit suppléer dans tous les contrats les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (4). Dans tous les cas donc où il est d'usage que des sommes dues commercialement soient productives d'intérêt sans demande en justice, les juges auxquels il appartient de reconnaître l'existence de l'usage, peuvent, par voie d'interprétation, décider que les conventions des parties emportent une stipulation d'intérêts et à partir de quelle époque ces intérêts doivent courir. Il est bien vrai que d'après l'article 1607 du Code civil, spécial au prêt à intérêt, le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit, d'où l'on a conclu que la stipulation d'intérêts devait être expresse (5); mais c'est mal conclure, car la disposition de cet article porte sur le taux de l'intérêt, et non pas sur la stipulation même de l'intérêt dont aucune loi ne soumet la preuve à une forme particulière. Et d'un autre côté c'est aujourd'hui un point constant que, lorsque l'emprunteur s'engage à payer des intérêts sans ajouter le taux, il est entendu que ce sont les intérêts légaux (6). Nul doute donc

(1) E. Vincens, t. II, p. 159; Angers, 29 mai 1807, S., 2, 2, 249; Colmar, 12 juil. 1824, S., 7, 2, 403; D., 10, 758.

(2) Paris, 18 mai 1825, S., 8, 2, 78.

(3) *Droit com.*, t. II, n. 470.

(4) C. civ., art. 1160. Voy. *sup.*, p. 20.

(5) Duranton, t. XVII, n. 598; Rennes, 19 avril 1811, S., 3, 2, 470; D., n. 343. — Voy. encore, sur ce point, M. Duvergier, *Du prêt*, n. 253 et suiv.; M. Troplong, *Du prêt*, n. 408 et suiv.

(6) M. Troplong, *ubi sup.*, n. 411.

que les juges n'aient la faculté de conclure de l'usage commercial à la stipulation des intérêts en matière commerciale, et par conséquent que ces intérêts ne puissent, suivant les circonstances, courir en cas de non-payement, sans mise en demeure par une interpellation ou par une demande judiciaire.

En résumé, les intérêts ou dommages-intérêts pour inexécution des obligations qui se bornent au payement d'une somme d'argent ne sont dus, en règle générale, que du jour de la demande en justice, sauf les cas particuliers où la loi les fait courir par une sommation non suivie de demande; il est aussi certains cas où la loi les fait courir de plein droit; ils peuvent aussi courir par l'effet de la convention, quand les parties stipulent que la somme due sera, à partir de telle époque, productive d'intérêts. Enfin, ces règles s'appliquent aux matières commerciales, soit qu'elles restent sous l'empire des dispositions générales ou particulières, soit qu'elles passent sous l'empire de la convention.

1700. Maintenant que nous savons quand les dommages-intérêts sont dus, voyons en quoi ils consistent.

En général, suivant l'article 1153 du Code civil, dont on a déjà vu le texte, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts, résultant du retard dans l'exécution, ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, qui, comme on sait, sont de 5 pour 100 en matière civile, et de 6 pour 100 en matière de commerce.

Ici la loi détermine donc un taux uniforme pour cette espèce de dommages-intérêts, de telle sorte que les juges ne peuvent en allouer de plus considérables, sous prétexte qu'ils ne seraient pas la compensation exacte du dommage souffert; mais, réciproquement, ils sont toujours dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucun dommage, ni de prouver le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.

Cette limitation des dommages-intérêts à un taux uniforme est une conséquence des principes admis par notre législation en matière d'intérêts, principes qui, tout en reconnais-

sant que l'argent est productif, ont cependant la prétention de limiter cette faculté productive, ou du moins de l'évaluer d'une manière immuable, bien qu'elle soit essentiellement changeante suivant les temps, les lieux et les personnes.

1701. De cette disposition de l'article 1153 combiné avec l'article 1907 du Code civil, aux termes duquel l'intérêt conventionnel ne peut excéder le taux légal, il résulte que les parties ne peuvent stipuler des dommages-intérêts excédant le taux légal de 5 pour 100 en matière civile, et de 6 pour 100 en matière commerciale; autrement, le but que la loi s'est évidemment proposé d'empêcher ce qu'elle appelle l'usure, c'est-à-dire toute perception d'intérêts au-dessus du taux légal, serait facilement évité. Ce résultat, qui est loin d'être d'accord avec les vrais principes de l'économie politique, est le seul compatible avec l'esprit de la législation (1); j'ai donc peine à m'expliquer comment M. Toullier (2) et M. Duranton (3), qui certes ne cherchaient pas à faire prévaloir les principes économiques sur les données légales, ont pu émettre une opinion contraire, et permettre aux parties de stipuler des dommages plus considérables que les intérêts légaux (4).

1702. Du reste, la règle qui défend aux juges d'accorder des dommages-intérêts excédant le taux légal se modifie dans les obligations qui résultent du prêt d'une chose fongible. Il faut alors distinguer entre le cas où aucun intérêt n'a été stipulé, et celui où cette stipulation se rencontre.

L'article 1904 du Code civil, relatif au prêt de consommation, c'est-à-dire au prêt gratuit des choses fongibles ou qui se consomment par l'usage, porte que, si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées, ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice. Il est évident d'abord, comme le fait très-bien remarquer M. Troplong (5), que cet article déroge, quant aux obligations qui ont pour

(1) M. Duvergier, *Du prêt*, n. 285.
(2) T. VI, n. 267.
(3) T. X, n. 488.
(4) Pau, 17 janv. 1824, S., 7, 2, 296.
(5) *Du prêt*, n. 300. — V. aussi M. Demolombe, t. II, n. 624.

objet une chose fongible, à l'article 1149 du Code civil, d'après lequel les dommages-intérêts dus au créancier sont en général l'équivalent de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, et qu'il place ces obligations sous l'empire de l'article 1153. M. Zachariæ (1) semble émettre, il est vrai, sans la justifier, l'opinion que l'article 1904 n'a en vue que les prêts d'argent. Mais la généralité de l'article 1904 qui parle des *choses* prêtées repousse cette distinction. Lors donc qu'il n'y a pas eu stipulation d'intérêt, le débiteur en retard doit, pour tous dommages-intérêts, les intérêts de la chose due.

Mais il en est autrement quand les parties sont convenues de dommages-intérêts déterminés. Alors il faut s'en tenir à la convention, bien que ces dommages-intérêts excèdent le taux légal. En effet, la loi du 3 septembre 1807, qui fixe le taux de l'intérêt, ne parle que de l'intérêt de l'argent, et nullement de l'intérêt des denrées : et cela résulte non-seulement de son intitulé, mais aussi des exposés des motifs, qui démontrent qu'elle n'a eu pour but que de limiter le taux de l'intérêt de l'argent, et que l'intention du législateur ne s'est pas arrêtée un seul instant sur les prêts de denrées. Dès qu'il n'y a pas de loi qui limite le taux de l'intérêt des denrées, il faut reconnaître que la fixation de cet intérêt est abandonnée à la liberté des conventions, et que si, en l'absence de toute stipulation, on doit adopter par analogie l'intérêt légal, il en est autrement quand, usant de leur droit, les parties ont déterminé des dommages-intérêts supérieurs (2).

1703. Si celui qui doit une chose fongible ne la donne pas, il en doit la valeur : son obligation devient alors une obligation de payer une certaine somme, laquelle somme est productive d'intérêts à compter du jour où le payement de la chose fongible a été demandé.

Nous avons vu plus haut d'après quelles bases se fait, en cas de prêt, l'évaluation de la chose fongible non restituée

(1) V. notre édition, t. IV, § 727. — V. aussi MM. Aubry et Rau, t. III, p. 432.

(2) M. Troplong, *Du prêt*, n. 361. Voy., en sens contraire, M. Duvergier, *Du prêt*, n. 279.

par l'emprunteur : l'emprunteur qui ne rend pas la chose prêtée est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le payement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait.

1704. En d'autres cas, et spécialement en matière de vente, la question peut présenter plus de difficulté. Aux termes de l'article 1655 du Code civil, si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut, comme nous l'avons déjà vu, demander la résolution de la vente. Nous verrons bientôt (1) que cette disposition s'applique aux meubles comme aux immeubles, et conséquemment aux marchandises. Il suit de là que le vendeur a le droit de choisir, soit le maintien de la vente et le payement du prix, soit la résolution de la vente et la restitution de la chose au cas où elle aurait été livrée. S'il opte pour le maintien de la vente et le payement du prix, il a droit, pour tous dommages-intérêts, aux intérêts de ce prix à compter du jour de la vente ou de la livraison, à moins de conventions particulières qui les fassent courir à compter d'une époque postérieure. S'il opte pour la résolution du contrat et la restitution de la chose, l'acheteur doit cette chose, et si elle consiste en un meuble non fongible, son obligation est alors une obligation de donner, dont l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts suivant les règles qui ont déjà été exposées (2).

Mais s'il s'agit d'une chose fongible, l'acheteur est-il tenu de restituer la chose en nature, ou, ce qui revient au même, la valeur actuelle de la chose, quand il ne la restitue pas en nature? en d'autres termes, en quoi doit consister la valeur restituable? Est-ce la valeur au jour du contrat, ou la valeur au jour où le prix aurait dû être payé, et auquel remonte par conséquent la résolution de la vente? On comprend que la question ne puisse se présenter que si depuis la vente la valeur a augmenté ; car, si cette valeur avait diminué, le vendeur aurait évidemment opté pour le payement du prix de vente; et s'il avait cependant opté pour la restitution, l'acheteur aurait tout

(1) Voy. *inf.*, chap. IV, sect. I, § 2.
(2) Voy. n. 1674 et suiv.

intérêt à l'effectuer en nature. La difficulté est donc en définitive de savoir en quoi consistent les dommages-intérêts auxquels, en cas d'augmentation du prix courant de la chose depuis la vente, a droit le vendeur non payé de son prix, et que la résolution rend créancier de la valeur de la chose vendue. Pour la résoudre, il faut se rappeler qu'en principe général les dommages-intérêts dus au créancier ne peuvent jamais être que de la perte qu'il a faite et du gain qu'il a manqué de faire. Or, en quoi consiste la perte du vendeur non payé? Évidemment elle consiste dans le prix qu'il n'a pas reçu, et dans les intérêts de ce prix pour le retard. En lui payant le prix et les intérêts, on le rend donc complétement indemne, puisqu'on le place, légalement, dans la même position que si le prix lui eût été payé à l'échéance. Il est vrai que le vendeur a opté pour la résolution de la vente, et que cette résolution lui donne le droit de demander, non plus le prix, puisqu'il n'y a plus de vente, mais la valeur même de la chose. Mais lorsque la valeur de la marchandise, chose fongible, a augmenté depuis la vente, quelle est sa valeur respectivement au vendeur? Évidemment encore la valeur qu'elle avait au jour de la vente, parce que la résolution devant placer le vendeur dans la même position que si la vente n'eût pas eu lieu, il n'a droit qu'à la chose vendue, c'est-à-dire à une chose de la même valeur que celle qu'il a vendue, au jour de la vente; car si on lui restituait une chose d'une valeur supérieure, il recevrait une chose autre que celle qu'il a vendue. Lui accorder la valeur de la chose au jour où le payement devait être effectué, et où, faute de payement, son droit à la résolution lui a été acquis, ce serait, d'une part, lui procurer un bénéfice sans cause et l'indemniser comme pour un gain qu'il aurait manqué de faire, tandis qu'en réalité il n'a manqué de faire aucun gain, puisque le défaut de payement, qui donne lieu à la résolution de la vente, ne l'a évidemment pas privé de l'augmentation de valeur d'une chose qu'il n'avait ni ne pouvait avoir à sa disposition; et, d'autre part, contrevenir à l'article 1153 du Code civil suivant lequel, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts pour le retard ne

consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. Ici l'action en résolution se confond donc avec l'action en payement du prix.

MM. Delamarre et Lepoitvin émettent et développent longuement une opinion contraire (1). Suivant eux, le vendeur, lorsque l'acheteur est commerçant, a droit, après la résolution de la vente, à la valeur de la chose au jour de l'échéance du prix. C'est là, selon eux, une dérogation à l'article 1153 du Code civil, fondée sur ce que, l'acheteur étant marchand et ayant pu faire des bénéfices sur la chose dont la valeur a augmenté, doit rendre cette valeur qui, relativement à lui, est la valeur réelle de la chose au jour de l'échéance. Mais c'est là établir fort inutilement entre les matières civiles et les matières commerciales une distinction que rien ne justifie. Sans doute, relativement à l'acheteur commerçant, la chose a augmenté de valeur. Mais peu importe. Ce qui importe, c'est de savoir si, relativement au vendeur, il a pu y avoir augmentation de valeur, en d'autres termes, si le vendeur peut avoir droit de prétendre à autre chose qu'à ce qu'il a vendu, ou, ce qui revient au même, à une valeur supérieure. Or, comme je l'ai déjà dit, le contraire résulte, soit de ce que la résolution de la vente ne donne droit qu'à la restitution de la chose vendue, ou, ce qui revient au même, quand il s'agit d'une chose fongible, au payement de la somme représentative de la valeur de cette chose au jour de la vente; soit de ce que, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts ne consistent que dans les intérêts fixés par la loi. Les auteurs que je combats raisonnent comme si le bénéfice fait par l'acheteur, ou qu'il a pu faire, était une perte pour le vendeur, et ils assimilent l'obligation de restituer une chose fongible à une obligation de donner un corps certain ou une chose non fongible; or, ni l'un ni l'autre de ces deux points de vue n'est exact. L'augmentation de valeur ne constitue point le vendeur en perte, et l'obligation de l'acheteur se borne au payement d'une cer-

(1) T. III, p. 672.

taine somme. Il n'a donc droit qu'au prix et aux intérêts pour le retard, parce que ce prix et ces intérêts représentent exactement pour lui, et la valeur de la chose et les dommages-intérêts auxquels il a droit.

Ces auteurs invoquent l'opinion de Casaregis. Mais il est facile de voir que, en supposant qu'elle fût applicable à la question, loin de leur être favorable, elle leur est contraire. Casaregis, après avoir posé en principe, dans le sommaire de son cinquante-neuvième discours, aux n°s 49 et 50, qu'en cas de résolution d'un contrat, la restitution du prix est due, non comme prix, mais comme dommages-intérêts, *in contractibus nominatis quandoque agi potest ad restitutionem pretii, non ad restitutionem pretii uti pretii, sed uti interesse*, ajoute, dans le corps même de sa dissertation, au n° 53 : *Ondè la restituzione del prezzo dove essere regolata e misurata dalla vera estimazione dell' interesse, e percio alcuna volta l'interesse può essere minore della cosa che si dovea consegnare :* « C'est pourquoi la restitution doit se mesurer sur le dommage, et peut être en certains cas inférieure à la valeur de la chose due. » Où voit-on là que la restitution puisse excéder le dommage ? Et ne l'excéderait-elle pas si elle dépassait le prix convenu dont le non-payement peut seul avoir causé préjudice au vendeur, qui ne perd pas parce que l'acheteur a pu gagner.

On trouve dans le *Digeste* un texte précieux d'Hermogénien, sur une question analogue : *Venditori, si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat præstabit, non omne omninò quod venditor, morâ factâ, consequi potuit : veluti si negotiator fuerit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quærere potuit* (1). MM. Delamarre et Lepoitvin cherchent, il est vrai, à échapper à l'autorité de ce texte, en soutenant qu'en droit romain la vente n'était jamais résoluble après la livraison de la chose pour défaut de payement du prix, de telle sorte que l'obligation de l'acheteur restait toujours bornée au payement d'une certaine somme qui était le prix. Mais en admettant l'exactitude de cette doctrine sur la résolution de la vente en droit romain, bien qu'elle soit contestable, du moins pour

(1) L. 19, ff. *De periculo et commodo rei venditæ.*

le cas où il y avait pacte commissoire (1), il n'en faudrait pas moins reconnaître que, lorsqu'il y a résolution de la vente d'une chose fongible, l'obligation de l'acheteur se borne au payement d'une certaine somme, que cette somme, due à titre de restitution, doit se mesurer sur ce que l'acheteur a reçu, c'est-à-dire représenter la valeur de la chose au jour du contrat, où, ce qui revient au même, être égale au prix ; et que le vendeur ne peut obtenir, outre cette somme, que les intérêts, *usuras duntaxat*, alors même que l'acheteur aurait pu réaliser des bénéfices plus considérables : *Veluti si ex mercibus plus quam ex usuris quœrere possit* (2).

1705. Il y a encore, en matière de cautionnement et de société, exception à la règle qui défend aux juges d'accorder des dommages-intérêts excédant le taux de l'intérêt légal. La caution qui a payé pour le débiteur principal a un recours contre ce dernier, non-seulement pour le capital, mais en outre pour des dommages-intérêts proprement dits s'il y a lieu (3).

En matière de société, l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a pas fait, ou qui a pris des sommes dans la caisse sociale pour les employer à son profit particulier, doit non-seulement les intérêts de ces sommes, soit à compter du jour où elles devraient être payées, soit à compter de celui où il les a tirées de la caisse, mais encore de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu (4).

1706. Enfin, il est une autre exception relative aux ma-

(1) Voy. *inf.*, ch. III, sect. I, § 3.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin reconnaissent que leur opinion est contraire à celle des auteurs. Je dois dire qu'après de longues recherches je n'ai pu trouver dans aucun auteur une opinion sur la question, soit dans un sens, soit dans l'autre, je le regrette, puisque j'aurais pu en profiter. Ils citent, il est vrai, un passage de M. Vincens qui, en effet, paraît la décider dans le sens que j'ai adopté. Mais ils n'indiquent pas le lieu où se trouve ce passage. Je l'ai vainement cherché dans les trois volumes de M. Vincens. — MM. Delamarre et Lepoitvin n'ont point complété ces indications dans leur nouvelle édition. (Voy. t. IV, n. 308 et suiv.) Les nouveaux développements dans lesquels ils sont entrés ne me paraissent pas, d'ailleurs, de nature à modifier mon opinion.

(3) C. civ., 1153 et 2028.

(4) C. civ., 1846.

tières commerciales, dont l'étendue est assez difficile à déterminer.

L'article 1153, après avoir dit que, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, ajoute : « sauf les règles particulières au commerce..... » Il semblerait, d'après cette disposition, que ce fût une chose fort ordinaire en matière commerciale d'allouer des dommages-intérêts excédant l'intérêt légal. Mais il n'en est rien. Il est défendu, en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile, de stipuler conventionnellement des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal ; et les cas dans lesquels l'intérêt légal peut être dépassé en vertu d'une disposition expresse se réduisent tout au plus à deux (1).

En effet, l'un de ces cas, qui est celui où il s'agit du profit maritime stipulé dans un contrat à la grosse, n'a aucun rapport avec la matière des dommages-intérêts, puisque ce profit maritime qui représente l'intérêt de l'argent prêté à la grosse, cesse de courir au moment de la fin des risques, et par conséquent avant l'échéance de la dette, de telle sorte qu'on ne peut jamais l'assimiler à des intérêts moratoires.

1707. Reste le second cas, qui est celui du rechange que le porteur d'une lettre de change protestée qui fait retraite sur le tireur ou l'un des endosseurs, est en droit de répéter contre eux en le joignant au capital de la lettre et aux intérêts courus depuis le protêt. Le rechange est le prix de la retraite ou le nouveau change payé à celui qui en fait les fonds ; et le porteur qui l'a payé s'en récupère en le comprenant dans un compte de retour joint à la retraite, lequel compte de retour se compose du principal de la lettre de change protestée, des frais du protêt et autres frais légitimes, et énonce le prix du rechange (2) ; ce rechange représente alors les dommages-intérêts qui indemnisent le porteur de la perte qu'il aurait éprouvée si les frais

(1) M. Alauzet, t. II, n. 508. — Voy. aussi Cass., 11 juin 1845, S., 45, 1, 700.

(2) C. com., art. 180 et 181.

qu'il a dû faire pour faire retraite sur le tireur ou sur les endosseurs étaient restés à sa charge (1).

C'est donc à tort que MM. Delamarre et Lepoitvin refusent au rechange le caractère de dommages-intérêts (2). Le rechange, disent-ils, profite au banquier qui achète une nouvelle lettre de change au prix de la somme. Mais n'est-il pas évident que, si le porteur qui se rembourse sur le tireur ou les endosseurs au moyen d'une nouvelle lettre de change, ou d'une retraite, ne pouvait pas comprendre, dans le montant de la retraite, le rechange qu'il paye au banquier auquel il la négocie, il se trouverait en perte, de telle sorte qu'en définitive et en réalité, il profite du rechange, qui le met à l'abri de toute perte ou diminution dans le montant de sa créance? Refuser au rechange la qualification de dommages-intérêts, c'est se mettre en opposition avec la tradition la plus suivie et les doctrines de tous les temps et de tous les lieux, dont l'origine contemporaine de l'invention de la lettre de change ne permet pas de révoquer en doute l'autorité. L'article 8 d'une ordonnance de Louis XI du mois de mars 1462 donne au rechange la qualification de dommages-intérêts. Toubeau, l'un des auteurs les plus imbus de l'esprit des anciens usages, dit expressément que le rechange, inventé par les Gibelins, n'est autre chose que les dommages-intérêts qu'ils prétendaient lorsque leurs lettres n'étaient pas acquittées (3); Bornier (4) n'est pas moins précis. Pothier a suivi leur doctrine (5). Les auteurs modernes, qui ont vu dans le rechange l'exception à laquelle faisait allusion l'article 1153 du Code civil en parlant des règles particulières au commerce (6), n'ont donc pas commis l'erreur qu'on leur a reprochée.

1708. Du reste, dans le but de limiter ces dommages-intérêts, la loi veut qu'il ne puisse être fait qu'un seul compte de

(1) C. com., art. 177 et suiv.
(2) *Du contrat de commission*, t. III, p. 680.
(3) *Inst. au droit consul.*, p. 183.
(4) Sur l'art. 4, tit. VI de l'ordonnance de 1673.
(5) *Des oblig.*, n. 178.
(6) M. Toullier, t. VI, n. 267; M. Alauzet, t. II, n. 508.

retour (1) et que le rechange ne puisse être cumulé : chaque endosseur n'en supporte qu'un seul, ainsi que le tireur (2). Le taux, d'ailleurs, n'en est pas arbitraire. D'après l'article 179, le rechange se règle, à l'égard du tireur, par le cours du change du lieu où la lettre de change était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée; il se règle, à l'égard des endosseurs, par le cours du change du lieu où la lettre de change a été remise ou négociée par eux, sur le lieu où le renboursement s'effectue.

La première partie de cet article, c'est-à-dire la disposition relative au règlement du rechange à l'égard du tireur, ne peut donner lieu à aucune difficulté quand la retraite est faite sur le tireur lui-même. Si donc une lettre de change tirée de Paris sur Lyon n'est pas payée à Lyon, et si le porteur fait retraite sur le tireur directement, le rechange se règle d'après le cours de change de Lyon sur Paris : pas de difficulté possible (3).

Mais il en est autrement si le porteur fait retraite sur un des endosseurs. Celui des endosseurs sur lequel le porteur fait retraite, se remboursant sur celui qui le précède, et ainsi de suite jusqu'au dernier endosseur qui est remboursé par le tireur, il s'agit de savoir comment se règlent les rechanges des retraites successives qui sont faites d'endosseur à endosseur successivement jusqu'à ce que le dernier endosseur soit remboursé par le tireur.

La difficulté provient alors, d'une part, de ce qu'il ne peut être fait qu'un seul compte de retour qui accompagne les retraites successivement faites d'endosseur à endosseur jusqu'au tireur; d'autre part, de ce que les rechanges ne peuvent être cumulés, de telle sorte que, lorsque la dernière retraite arrive au tireur, il ne doit qu'un seul rechange, qui est celui que comprend le compte de retour; enfin, de ce que le rechange, dû par le tireur, ne peut pas être plus élevé que le cours du change du lieu où la lettre de change, dont le non-payement motive la retraite, était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée, ains

(1) C. com., art. 182.
(2) *Ibid.*, art. 183.
(3) M. Bravard, t. III, p. 513.

que le veut en termes exprès la première partie de l'article 179.

Il suit de là que, lorsque la retraite est faite par un endosseur, le rechange porté au compte de retour ne peut excéder ni le cours du change du lieu où la lettre de change était payable, sur le lieu où la retraite est dirigée, puisque l'endosseur sur lequel elle est faite ne peut devoir au porteur que ce qu'il lui en a coûté pour négocier sa retraite et rentrer par là dans ses fonds, ni le cours du change du lieu où la lettre de change non payée était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée, puisque c'est d'après ce cours que se règle le rechange dont le tireur peut être redevable. Si donc le cours du change du lieu du payement de la lettre non payée sur le lieu où la retraite est dirigée, est moins élevé que le cours du change du lieu du payement sur le lieu d'où la lettre protestée a été tirée, c'est ce change qui doit figurer sur le compte de retour, puisqu'il est le seul que puisse devoir l'endosseur sur lequel la retraite est dirigée, et que, n'excédant pas celui qui pourrait être exigé du tireur dans le cas où la retraite lui serait directement adressée, ce dernier ne peut se refuser à payer le compte de retour. Si, au contraire, le cours du change du lieu de payement de la lettre non payée sur le lieu où la retraite est dirigée est plus élevé que le cours du change du lieu du payement sur le lieu d'où la lettre protestée a été tirée, c'est ce dernier cours qui doit figurer au compte de retour, puisque le tireur auquel il doit parvenir en définitive ne peut payer un rechange plus élevé, et qu'il ne peut être fait qu'un compte de retour. L'endosseur sur lequel le porteur fait retraite profite alors de cette réduction, qui devient une perte pour le porteur, lequel est obligé de supporter l'excédant du rechange; mais c'est là une perte volontaire qu'il ne peut imputer qu'à lui-même, puisqu'il aurait pu, en faisant directement retraite sur le tireur, se faire ainsi rembourser de tout le rechange qu'il aurait payé pour la négociation de la retraite.

Quant à l'endosseur sur lequel est dirigée la retraite et qui rembourse le compte de retour, il s'en rembourse de son côté sur l'endosseur qui le précède au moyen d'une retraite dont

le rechange se règle d'après le cours du change du lieu d'où l'endosseur fait la retraite, sur le lieu où elle doit être remboursée, et ainsi de suite jusqu'au tireur, conformément à la dernière disposition de l'article 179, en ayant soin remarquer que, les rechanges ne pouvant être cumulés, chaque endosseur supporte le rechange auquel donne lieu négociation de sa retraite.

Cette explication, que j'emprunte à un savant professeur d la Faculté de droit de Paris (1), concilie les dispositions assez obscures du Code de commerce sur le rechange et la retraite. Par là, on arrive à n'avoir besoin que d'un seul compte de retour, à éviter le cumul des rechanges, à ne faire payer au tireur et aux endosseurs que le rechange qu'ils peuvent respectivement devoir, enfin à régler le rechange à l'égard du tireur, par le cours du change du lieu où la lettre de change était payable sur le lieu d'où elle a été tirée, et à l'égard des endosseurs entre eux, par le cours du change du lieu où la lettre de change a été remise ou négociée par eux sur le lieu où le remboursement s'effectue.

1709. Le rechange est donc le seul cas dans lequel puisse se vérifier l'exception introduite par l'article 1153 pour les règles particulières au commerce. MM. Delamarre et Lepoitvin prétendent que cette exception n'a aucun trait au rechange, qui, selon eux, ne constitue pas des dommages-intérêts, et qu'elle s'applique uniquement à l'obligation qui incombe à l'acheteur, après la résolution de la vente d'une chose fongible, d'en restituer la valeur, en tenant compte de la différence en plus produite par la hausse du prix courant à l'époque de la résolution, différence qui aurait le caractère de dommages-intérêts extraordinaires. Mais nous avons déjà vu, d'une part, que le rechange est l'indemnité d'une perte (2) ; et d'autre part, que l'acheteur d'une chose fongible n'en doit la restitution que suivant sa valeur au moment de la vente (3). Les deux

(1) M. Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 227 et suiv. et *Traité de droit commercial*, t. III, p. 515 et suiv. — V. cependant M. Demangeat sur Bravard, *ibid.*, p. 520.

(2) Voy. le numéro qui précède.

(3) Voy. *sup.*, n. 1704.

propositions de ces auteurs ne sont donc pas plus fondées l'une que l'autre, et la disposition par laquelle l'article 1153 du Code civil réserve les règles particulières au commerce, conserve le sens que lui ont jusqu'à ce jour reconnu la doctrine et la jurisprudence (1).

1710. Pour compléter ce qui concerne les dommages-intérêts dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, il y aurait quelque chose à dire des intérêts des intérêts, ou des intérêts échus des capitaux qui peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière (2). Mais comme les règles relatives aux intérêts des intérêts se rapportent plus particulièrement au *prêt à intérêt*, je ne pourrais utilement m'en occuper ici sans sortir de mon sujet.

SECTION V. — DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE. — 1711. Les conventions n'ont en général d'éffet qu'entre les parties contractantes, et non entre les tiers. — 1712. Ce qu'on entend par *tiers*. — 1713. Sens de la règle que les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. — 1714. Principes sur les promesses et les stipulations pour autrui; appréciation de l'art. 1119 C. civ. — 1715. Promesses pour autrui. Leur effet quand celui qui promet pour autrui se porte fort. — 1716. Quand est-on réputé se porter fort? — 1717. Application des principes du droit civil aux matières commerciales. — 1718. Conséquences de la promesse de se porter fort. — 1719. Promettre le fait d'autrui, comprend promettre de faire comme promettre de donner. 1720. Stipulations pour autrui : sont valables si jointes à une convention ou stipulation faite pour soi-même... — 1721. Ou si elles se rattachent à cette convention. — 1722. La stipulation ou convention principale est valable, bien que la stipulation pour autrui reste sans effet faute de ratification, et bien que l'intérêt du stipulant n'ait pas été exprimé, si d'ailleurs il existe. — 1723. Comparaison des matières civiles et des matières commerciales. — 1724. Les stipulations faites par un commissionnaire pour son commettant ne sont pas des stipulations pour autrui. — 1724 *bis*. Assurances. — 1725. Assurances pour compte. — 1726. Peut-on faire assurer en son propre nom la chose d'autrui? — 1727. De l'assu-

(1) Toullier, t. VI, n. 267; MM. Aubry et Rau, t. III, § 308, note 38; M. Alauzet, t. II, n. 508; Aix, 21 août 1829, S., 9, 2, 326; D., 29, 2, 288.
(2) C. civ., art. 1154.

rance faite par quelqu'un ayant intérêt à la conservation de la chose. — 1728. Jusqu'à la ratification le stipulant peut révoquer la stipulation. — 1729. Formes de la ratification. — 1730. Règles particulières au concordat commercial. Il oblige tous les créanciers. — 1731. Formes du concordat. — 1732. Toute autre convention entre les créanciers et le débiteur failli ou non failli ne produit pas les effets du concordat. — 1733. Effets des conventions relativement aux créanciers des parties. — 1734. Quand et comment les créanciers peuvent-ils exercer les droits et actions de leur débiteur? — 1735... En matière de faillite. — 1736. Quels droits et quelles actions peuvent-ils exercer? — 1737. Effets de cet exercice. — 1738. Quand et comment les créanciers peuvent-ils attaquer les actes de leur débiteur faits en fraude de leurs droits? — 1739. Quels actes sont réputés faits en fraude des droits des créanciers? — 1740. Distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. — 1741. Application de ces règles au cas de faillite. — 1742. Effet de l'action des créanciers. — 1743. Droits des créanciers en matière de séparations de biens. — 1744. Droits des créanciers en matière de partage de succession ou de société. — 1745. Transition au chapitre suivant.

1711. Jusqu'à présent, en traitant de l'effet des conventions, nous ne les avons envisagées que dans leurs rapports avec les parties contractantes. C'est relativement aux parties contractantes que les conventions légalement formées tiennent toujours lieu de loi (1); c'est aux parties contractantes seules qu'incombent, sans aucune exception, d'une part l'obligation de les exécuter, et d'autre part le droit d'exiger leur exécution ou des dommages-intérêts, dans tous les cas où une cause de nullité ou de rescision n'en vient pas rompre le lien obligatoire.

Ici, nous avons à rechercher l'effet des conventions à l'égard des tiers, c'est-à-dire, à l'égard des parties qui ne sont pas intervenues personnellement, ou par ceux qu'elles représentent, soit pour s'engager, soit pour recevoir un engagement. En cette matière, la règle générale posée par l'article 1165 du Code civil, est que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers. Mais cette règle générale et abstraite se modifie de plus d'une manière dans l'application, et disparaît quelquefois devant les exceptions qui naissent de la force des choses et de

(1) C. civ., art. 1134.

la combinaison des intérêts cachés sous des conventions qui leur paraissent étrangères.

1712. Avant d'entrer dans l'explication de cette règle et de ses exceptions, il faut remarquer qu'on est censé avoir contracté, non-seulement pour soi, mais aussi pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de l'objet ou de la nature de la convention (1). Il suit de là que les héritiers (2) et les ayants-cause d'une partie ne sont pas des tiers, et que les conventions produisent à leur égard le même effet qu'à l'égard des parties qui y figurent, tant qu'une cause particulière n'a pas limité cet effet à la partie contractante. De plus, quand on contracte par l'entremise d'un mandataire, on est réputé avoir contracté soi-même et personnellement. La personne du mandataire s'efface, et laisse apparaître le mandant, à qui seul peut nuire ou profiter tout ce qui a été fait dans les limites du mandat. L'article 1165, en disposant que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, comprend donc, sous cette dénomination, non-seulement l'individu qui contracte, mais encore tous les représentants légaux ou conventionnels de cet individu, lesquels sont réputés avoir contracté eux-mêmes par l'entremise de leur auteur ou de leur mandataire.

1713. Énoncée d'une manière générale, cette règle de l'article 1165, que les conventions ne nuisent point aux tiers, c'est-à-dire qu'elles ne les engagent pas, et qu'elles ne leur profitent pas, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent s'en prévaloir, ne saurait faire aucun doute. Mais ces deux propositions ne doivent pas être entendues dans un sens également absolu. La véritable portée qu'il convient de leur accorder dépend de l'intelligence des principes sur les promesses et les stipulations pour autrui, matière qui n'est pas sans difficulté, et que le Code a compliquée par des dispositions dont l'inutilité est le moindre défaut.

1714. Aux termes de l'article 1119 du Code civil, on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour

(1) C. civ., art. 1122.

(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 1353 et suiv.

soi-même ; c'est-à-dire qu'on ne peut pas promettre pour un autre, ni obliger envers un autre celui avec qui on contracte. Néanmoins, ajoute l'article 1120, on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort, ou qui a promis de faire ratifier, si ce tiers refuse de tenir l'engagement ; et, d'après l'article 1121, on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

Qu'on ne puisse pas en son propre nom promettre le fait d'autrui, à moins qu'on ne s'engage soi-même à faire si le tiers ne fait pas, ou à indemniser celui avec qui on contracte, de ce que le tiers n'a pas fait, cela est tellement manifeste qu'il était fort inutile que l'article 1119 du Code civil fît une règle de droit de ce qui est une règle de bon sens.

Mais défendre de stipuler en son propre nom autrement que pour soi-même, c'est introduire dans le droit positif une prohibition contraire à la liberté des conventions, qui est de droit naturel ; car, lorsque vous vous engagez envers moi à donner telle chose à telle personne, il y a là un engagement valablement contracté, et que vous devriez être tenu d'exécuter pourvu que le tiers au profit duquel j'ai stipulé accepte la stipulation (1).

L'article 1119 du Code civil, pris isolément, est donc ou inutile, ou contraire aux véritables notions du droit. C'est une de ces dispositions vagues, une de ces généralités d'un sens douteux, comme on n'en devrait jamais trouver dans les lois, dont le suprême mérite est de ne dire que ce qu'il faut et de le dire comme il faut. Les auteurs du Code l'ont empruntée à Pothier, qui lui-même l'avait empruntée au droit romain, non sans toutefois la soumettre, sous le rapport du for intérieur ou du droit naturel, à quelques critiques dont ils auraient dû profiter. En droit romain, le principe souvent reproduit (2),

(1) Grotius, *De jure pacis ac belli*, lib. II, cap. XI, § 18 ; Puffendorf, *De jure naturali*, lib. III, cap. IX, § 5.

(2) *Alteri stipulari nemo potest... inventæ sunt enim hujus modi obligat* –

qu'un ne peut ni stipuler ni promettre pour autrui, avait un sens qu'il ne peut plus avoir aujourd'hui : il était la conséquence des règles sur les stipulations. Leurs formes exclusives et sévères, impérieusement exigées pour la validité de l'obligation, ne pouvaient être remplies que par les contractants eux-mêmes, et ne permettaient pas de contracter même au nom d'un tiers et par son ordre : tellement que le mandataire lui-même ne pouvait traiter qu'en son propre nom avec les tiers, qui, par suite de ses actes, n'acquéraient directement aucun droit sur le mandant pas plus que le mandant n'acquérait de droit sur eux. Les uns et les autres n'avaient de droits réciproques que lorsque le mandant s'était fait céder les actions qui résultaient pour lui de la gestion du mandataire, et lorsque celui-ci avait cédé aux tiers ses actions contre son mandant. Il est vrai que ces formes s'adoucirent en s'effaçant peu à peu, et qu'on se relâcha quelquefois de la rigueur des principes sur le mandat, notamment en matière commerciale et maritime : le négociant et l'armateur qui préposaient un individu, un commis, *institor*, à la gestion de leurs affaires, ou un chef à la conduite d'un navire, *magister navis*, étaient liés personnellement envers les tiers par les actes de ces mandataires, sans qu'il fût besoin d'une cession d'actions comme dans le mandat ordinaire. Mais le principe n'en subsista pas moins dans les cas généraux. On comprend, dès lors, que sous une législation qui originairement n'admettait pas même la possibilité du mandat, tel que nous le concevons aujourd'hui, qui, plus tard, ne vit qu'accidentellement et par exception la personne du mandant dans celle du mandataire, l'effet des contrats dût être restreint aux parties contractantes, et qu'il fût défendu d'obliger autrui, ou de stipuler en sa faveur (1).

tiones ad hoc ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest. (Ulp. fr. § 17, ff. *De verb. oblig.*, 45, 1; Instit., *De inut. stip.* § 19.) — *De se quemque promittere oportet.* (Paul, frag. 83, ff. *De verb. oblig.*) — *Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari.* (Diocl. et Maxim. C. 3, *Cod. ne uxor pro marito*, 4, 12.)

(1) Voy. un *Essai sur les stipulations pour autrui*, par M. Besnard, mémoire couronné par la Faculté de droit de Caen. Voy. aussi M. Ortolan, *Ex-*

Assurément, si les auteurs du Code avaient eu présents à l'esprit les principes inspirateurs de cette disposition des lois romaines, ils ne l'auraient pas transplantée dans notre droit français, où elle n'a pas la même raison d'être, et où, par conséquent, elle ne saurait avoir ni le même sens ni la même portée. L'article 1119 est une de ces règles générales qui puisent toute leur valeur et leur signification dans le milieu où elles se trouvent; elle ne peut, dès lors, sous une législation qui a rejeté tous les anciens principes du droit romain sur les stipulations et sur la formation des contrats, avoir le sens absolu que lui attribuait la législation sous l'empire de laquelle elle avait pris naissance et avec laquelle elle aurait dû mourir. C'est dès lors dans les articles suivants qu'on doit chercher les règles relatives aux effets des conventions à l'égard des tiers, en interprétant ces articles d'une manière large et conforme aux principes philosophiques sur lesquels repose le droit actuel, et non d'après un système étroit et formaliste dont s'éloignent ses tendances générales.

1715. On a déjà vu que l'article 1120 permet de se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

De là deux conséquences : la première, qu'un tiers n'est jamais obligé par la promesse d'autrui tant qu'il ne l'a pas ratifiée, car il n'est dans le pouvoir de personne d'obliger un tiers sans le fait de celui-ci; la seconde, qu'il est permis de promettre le fait d'un tiers, bien que le tiers pour lequel on promet ne soit pas engagé par cette promesse, pourvu que celui qui promet le fait d'autrui, et dont l'autre partie suit la foi, s'oblige en même temps personnellement à faire si le tiers ne fait pas, ou à indemniser de ce qu'il n'a pas fait. Toute la difficulté consiste alors à savoir si et comment celui qui promet pour un tiers s'oblige personnellement et se porte fort pour ce tiers; en d'autres termes, s'il faut, de la part de celui qui promet, une déclaration expresse; ou si au contraire cet

plications historiques des Instituts, t. II, p. 172 et 193, et M. Demolombe, t. I, n. 205 et suiv.

engagement personnel peut résulter de l'ensemble du contrat ou des circonstances dans lesquelles il a été fait.

1716. Il est manifeste d'abord qu'il n'y a pas de mots sacramentels pour se porter fort. Donc, en supposant qu'une déclaration expresse fût nécessaire, les termes en seraient abandonnés au choix des parties. Mais il y a plus; il n'est même pas nécessaire, dans mon opinion, d'exprimer, en termes exprès ou équivalents, l'intention de se porter fort. En effet, en pur droit philosophique, et en donnant aux choses leur sens vrai et naturel, toute promesse du fait d'autrui emporte nécessairement, de la part de celui qui promet, l'obligation de faire si le tiers ne fait pas ; car il est de principe que les conventions doivent être entendues dans le sens suivant lequel elles peuvent produire quelque effet, plutôt que dans un sens suivant lequel elles n'en produiraient aucun (1); et comme la promesse du fait d'autrui ne peut produire d'effet qu'en l'entendant en ce sens que le promettant a voulu s'obliger, pour le cas où le tiers dont il a promis le fait ne ratifierait pas la promesse, on doit nécessairement en conclure que le promettant n'a pas voulu faire quelque chose de vain et d'inutile, et que sa promesse l'oblige personnellement (2).

Toutefois, il faut reconnaître que ce système, duquel il résulterait que l'intention de se porter fort doit être toujours présumée, n'est pas celui du Code. L'article 1120, en disposant qu'on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci, fait, au contraire, clairement entendre que l'intention de se porter fort doit être prouvée, et que, lorsque cette preuve n'est pas faite, la promesse ne produit aucun effet. Mais, suit-il de là que cette intention doive nécessairement résulter des termes du contrat, et qu'on ne puisse la présumer d'après les circonstances? Non, sans doute. « On présume facilement, dit Pothier (3), dont les rédacteurs du Code ont dû suivre les doctrines, que celui qui a promis qu'un tiers donne-

(1) C. civ., art. 1157.

(2) Vinnius, *Instit. de inut. stip.*, § 3. Des auteurs citent Grotius, mais je ne crois pas que le passage qu'ils ont eu en vue, ait prévu cette question. (Liv. II, ch. XI, § 21.)

(3) *Des oblig.*, n. 56.

rait ou ferait quelque chose, n'a pas entendu *purè de alio promittere*, mais qu'il a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire, promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé (1). » Et en supposant qu'il soit vrai de dire, avec M. Duranton (2), que le Code s'éloigne de l'opinion de Pothier, et que, dans l'esprit de l'article 1120, celui qui a simplement promis le fait d'un tiers ne soit pas facilement présumé s'être porté fort pour ce tiers, il n'en serait pas moins vrai qu'en droit on peut être présumé s'être porté fort; et le point de savoir si cette présomption doit être facilement ou difficilement admise, n'est plus, dès lors, qu'une question de fait pour la solution de laquelle le juge n'a d'autres règles que les inspirations de sa conscience (3).

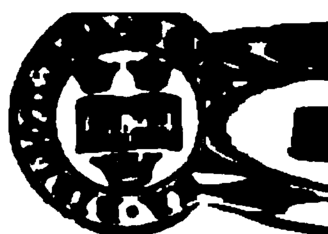
1717. Le principe est le même en matière civile et en matière commerciale, avec cette seule différence, purement accidentelle, que l'intention de se porter fort doit être plus facilement présumée en matière commerciale qu'en matière civile (4). Je n'admets donc pas l'opinion de certains auteurs qui pensent qu'on ne peut jamais présumer l'intention de se porter fort en matière civile, tandis qu'on doit toujours la présumer en matière commerciale (5). Je crois avoir établi qu'en matière civile, si l'article 1120 s'oppose à ce que l'intention de se porter fort soit toujours présumée, il permet de la présumer; et comme cet article pose un principe qui domine toutes les obligations conventionnelles et auquel ne déroge aucune disposition générale ou particulière du droit commercial, il faut en conclure qu'il fait règle en toute matière. C'était au surplus un point constant, dans l'ancien droit commercial, que celui qui promettait le fait d'autrui n'était personnellement obligé que lorsqu'il pouvait être présumé avoir contracté une obligation personnelle, et jamais on n'avait prétendu que cette présomption existât de plein droit.

(1) Toullier, t. VI, n. 136.
(2) T. X, n. 209.
(3) M. Demolombe, t. I, n. 213 et suiv.
(4) Duranton, *ibid.*
(5) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 259 et suiv.

C'est ce que prouve très-bien ce passage de Raphaël de Turri, dans son Traité du contrat de change : *Licet enim regulariter verum sit in jure promissionem facti alieni non obligare promittentem, contrarium tamen procedit, ut obligetur quandò scilicet dicta promissio interponitur super contractum de cujus natura est ut teneatur de facto tertii* (1). Assurément s'il était de l'essence du droit commercial qu'on dût toujours présumer une obligation personnelle de la part de celui qui promet le fait d'autrui, de Turri n'aurait pas dit, en traitant d'une matière essentiellement commerciale, que celui qui promet le fait d'autrui n'est pas obligé en principe et de plein droit, *in jure.*

1718. L'article 1120 du Code civil résout une autre question qui était assez douteuse sous l'ancien droit. C'est celle de savoir quelle est la nature de l'obligation du promettant, et à quoi il est tenu quand celui pour lequel il a promis ne ratifie pas l'obligation. Les uns pensaient que le promettant avait fait tout ce qu'il devait quand il avait donné tous ses soins pour procurer la ratification, *si omnem operam adhibuit et diligentiam* (2). Les autres voulaient que le promettant, quelques efforts qu'il eût faits pour obtenir cette ratification, fût toujours tenu d'exécuter lui-même, à défaut de ratification ou d'exécution par le tiers dont il avait imprudemment promis le fait, ou d'indemniser l'autre partie (3). Enfin, d'autres, faisant dépendre l'étendue de l'obligation des circonstances et des termes dans lesquels elle avait été contractée, décidaient que le promettant n'était pas tenu à des dommages-intérêts quand il avait fait tout ce qu'il pouvait faire pour en obtenir l'exécution, à moins que les termes de la promesse et la nature du contrat ne lui imposassent une obligation plus rigoureuse et plus étroite; *neque enim qui factum alienum promisit ad id quod interest teneri, modo facere non omiserit quod ex suâ parte ad id factum obtinendum facere poterat; nisi verba aut negotii natura obligationem inducant strictiorem* (4). Mais au-

(1) *De cambiis*, disp. 3, quæst. 14, n. 66 et suiv.
(2) Herlius, *De obligatione alium daturum facturumve, disquisitio.*
(3) Vinnius, *Instit. de inutil. stipul.*, § 20.
(4) Grotius, lib. II, cap. XI, § 22.



jourd'hui, l'article 1120 du Code met fin à la controverse, le prometlant est toujours tenu à une indemnité si le tiers refuse de ratifier la promesse.

1719. Remarquons que, quoique l'article 1120 ne parle que du fait d'autrui, il ne faudrait pas en conclure qu'il ne s'applique qu'aux promesses de faire et non à celles de donner. Promettre le fait d'autrui doit s'entendre dans un sens général, qui comprend non-seulement promettre qu'un tiers fera, mais aussi promettre qu'un tiers donnera : *Facere dandi significationem habet*, dit Vinnius (1). Il suit de là que, si la promesse a pour objet une chose qui doit être donnée, et que le tiers ne la ratifie pas, le promettant est tenu de la donner, et ne peut se libérer en offrant des dommages-intérêts (2). Ici s'appliquent les règles qui ont déjà été développées sur les obligations de donner et de faire, et sur les dommages-intérêts auxquels peut donner lieu leur inexécution (3).

1720. Voilà pour ce qui regarde la promesse du fait d'autrui; voici maintenant pour les stipulations faites au profit d'un tiers.

On l'a déjà vu : suivant l'article 1119, on ne peut en général stipuler en son propre nom que pour soi-même; mais, d'après l'article 1121, on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ajoute le même article, ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

Deux exceptions sont donc apportées par l'article 1121 à la prohibition de l'article 1119. Nous n'avons pas à nous occuper de la seconde de ces deux exceptions, relative aux stipulations qui sont la condition d'une donation faite à un autre : elle n'offre aucun intérêt en droit commercial. La première seule doit appeler notre attention. Il résulte de cette disposition exceptionnelle que, lorsqu'à une stipulation faite pour soi-même se joint une stipulation faite pour autrui, qui est

(1) *Instit. de inutil. stip.*, § 3.
(2) M. Besnard, *Essai*, déjà cité. V. aussi M. Demolombe, t. I, n. 244.
(3) Voy. *sup.*, n. 1656 et suiv.

une condition ou une charge de la stipulation principale, la stipulation accessoire est valable et devient obligatoire aussitôt qu'elle a été acceptée par le tiers au profit duquel elle est faite. Cela est vrai sans aucune distinction, soit en droit civil, soit en droit commercial.

Ainsi, en vous achetant les blés que vous avez à Marseille, je puis stipuler que vous vendrez à un tiers et moyennant le même prix tous les blés que vous avez à Nantes. Si le tiers de Nantes accepte la stipulation faite à son profit, elle vous oblige envers lui ; s'il ne l'accepte pas, elle devient sans effet, et elle ne me confère aucun droit contre vous, parce que j'ai stipulé pour le tiers et non pour moi-même.

1721. Il n'est même pas nécessaire, pour qu'une stipulation pour autrui soit valable dans le sens de l'article 1121, qu'elle se trouve jointe à une autre stipulation faite par le stipulant pour lui-même : il suffit qu'elle se rattache à une affaire liée entre le stipulant et le promettant. Si, en effet, je puis, en vous vendant quelque chose, stipuler que vous payerez le prix à un tiers qui n'est pas partie au contrat, je puis également, après vous avoir vendu, et par une convention postérieure, stipuler que vous payerez à un tiers le prix dont vous m'êtes encore redevable (1). De même, après m'être engagé envers vous à faire quelque chose, je puis charger une autre personne de faire cette chose en mon lieu. Dans ce cas, en traitant avec cette personne, je stipule pour vous, et si vous acceptez cette stipulation, vous acquérez un droit contre la personne que je me suis substituée.

1722. Du reste, il faut bien remarquer que, lorsqu'une stipulation pour autrui se joint incidemment à une stipulation faite dans l'intérêt principal du stipulant, cette stipulation principale est valable par elle-même, sans qu'il soit nécessaire que le tiers ratifie la stipulation incidemment faite dans son intérêt, pourvu qu'il n'y ait pas connexité entre les deux stipulations.

Ainsi vous vous engagez envers moi à ne pas établir pen-

(1) C. civ., art. 1275.

dant un temps et dans un lieu déterminés, une maison de commerce, ayant pour objet la vente en détail de telles marchandises dont s'occupe dans le même lieu une personne dénommée au contrat. C'est là une convention valable si j'ai un intérêt qnelconque exprimé ou non exprimé à ce que vous ne fassiez pas tel commerce, parce qu'alors je stipule pour moi aussi bien que pour le tiers qui fait le commerce que s'interdit le promettant. Je puis dès lors contraindre le promettant à tenir sa promesse, sans qu'il puisse m'opposer, soit que j'ai stipulé pour un tiers, soit que ce tiers n'a pas ratifié la stipulation. Il y a plus, le tiers ne pourrait, en ratifiant la stipulation, acquérir contre le promettant un droit personnel qu'autant qu'il résulterait des termes de la stipulation qu'elle a été faite dans son intérêt comme dans le mien, et qu'il figure dans le contrat autrement que par forme d'exemple.

Je ne saurais donc admettre l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin, qui, dans une hypothèse analogue, font dépendre la validité de la convention de la ratification du tiers. « Quand, disent-ils, je stipule de Paul en mon propre nom, que pendant deux ans, à compter de ce jour, il n'établira pas sur la Loire un bateau à vapeur en concurrence avec celui de Salomon qui ratifie, Paul est tenu d'exécuter cette convention évidemment nulle dans le droit civil. Il aura beau dire que la stipulation au profit de Salomon *n'est la condition d'aucune stipulation pour lui-même*, cela est très-vrai ; mais dans le commerce, dont l'intérêt est l'unique mobile, les stipulations au profit d'autrui peuvent se légitimer autrement que par la stipulation conditionnelle dont parle l'article 1121 du Code civil ; et par cela seul que j'ai stipulé quelque chose pour un tiers, je suis présumé avoir eu quelque intérêt à le faire et à cacher la cause de cet intérêt même, puisque je ne l'ai pas exprimé (1). »

Il y a, dans cette manière de raisonner, plus d'une erreur. D'abord la validité de la convention, que ces auteurs donnent pour exemple, n'est pas subordonnée à la validité ou à la ratification de la stipulation accessoirement faite pour un tiers.

(1) *Du contrat de commission*, t. I, p. 264.

Ce qui le prouve, c'est que l'énonciation relative au tiers, à Salomon, pourrait être supprimée sans que le caractère du contrat fût changé. Si je stipule de Paul que pendant un temps déterminé il n'établira aucun bateau à vapeur sur la Loire, je stipule évidemment pour moi, et sous ce rapport la stipulation est assurément valable. Si je stipule de plus que Paul n'établira aucun bateau sur la Loire en concurrence avec celui de Salomon, la convention ne change pas de nature, parce qu'il suffit que j'aie intérêt à ce que Paul n'établisse pas de bateaux, pour pouvoir convenir avec lui qu'il n'en établira pas ; et l'énonciation relative à Salomon n'est plus qu'une circonstance accidentelle qui n'a aucune influence sur la stipulation que j'ai faite dans mon intérêt, stipulation qui n'a pas besoin, pour être valable, de la ratification de Salomon. Si Salomon ratifie, il pourra sans doute se prévaloir de la stipulation ; s'il ne ratifie pas, le promettant ne sera obligé qu'envers moi ; mais, dans l'un et l'autre cas, il sera toujours obligé envers moi.

1723. Ensuite, je ne crois pas qu'il soit vrai de dire que l'intérêt du stipulant doive être exprimé en matière civile, tandis qu'on devrait toujours le présumer en matière commerciale : l'une et l'autre proposition manquent d'exactitude. L'intérêt du stipulant est la cause de la convention. Or, comme nous l'avons déjà vu, une convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, si d'ailleurs elle a une cause réelle (1). C'est alors, suivant les circonstances, soit à celui des contractants qui prétend que la convention a une cause réelle, à la prouver, soit à celui qui prétend qu'elle n'a pas de cause à établir son allégation. Mais il n'y a aucune distinction à faire à cet égard entre les matières commerciales et les matières civiles, parce que les principes généraux et les conditions essentielles des obligations sont toujours les mêmes, et qu'il n'est pas plus nécessaire dans un cas que dans l'autre d'exprimer la cause réelle qui porte à contracter.

1724. Il ne faut pas confondre non plus avec les stipulations pour autrui les conventions que le commissionnaire fait en

(1) C. civ., art. 1132. Voy. *sup.*, n. 1568.

son propre nom dans l'intérêt et pour le compte du commettant. En agissant en son propre nom pour le compte d'un commettant, le commissionnaire ne s'engage ni ne stipule pour autrui, parce qu'il ne promet jamais le fait de son commettant, et que les promesses qui lui sont faites ne sont jamais faites au commettant. Il stipule pour lui et n'engage que lui (1), sauf à s'entendre ensuite avec son commettant sur les résultats ou le règlement de l'affaire faite dans l'intérêt ou pour le compte de ce dernier (2).

1724 *bis*. Par la même raison, celui qui a fait assurer en son propre nom la totalité de la valeur d'un navire, est seul obligé envers l'assureur quand même il ne serait propriétaire du navire que pour partie : l'assureur n'a aucune action contre le propriétaire qui est resté étranger au contrat (3).

1725. Il peut sans doute arriver en certains cas que le commettant soit personnellement engagé ou ait personnellement action contre la personne avec qui le commissionnaire a traité ; mais c'est qu'alors il s'est opéré une substitution du commissionnaire au commettant, lequel se trouve mis aux lieu et place du commissionnaire. C'est ce qui a lieu notamment dans le cas où une assurance est faite par un commissionnaire *pour compte de qui il appartiendra*. Tant que le commissionnaire ne nomme pas l'assuré véritable, c'est lui seul qui est obligé envers l'assureur, et c'est envers lui seul que l'assureur est obligé. Et si, lorsque le commissionnaire a fait connaître l'assuré véritable, celui-ci a des droits personnels ou peut être soumis à des obligations, soit seul, soit conjointement avec le commissionnaire, c'est une conséquence naturelle du mandat que l'assuré véritable avait donné au commissionnaire chargé de faire l'assurance (4).

(1) C. com., art. 91.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, p. 40. — Voy. Cass., 7 déc. 1858, S., 59, 1, 305; et 30 mars 1859, *ibid.*, 59, 1, 676.

(3) Cass., 11 août 1863, S., 63, 1, 411.

(4) L'assurance pour compte donne lieu à des questions fort graves, soit relativement aux droits respectifs du commettant et du commissionnaire, soit relativement aux droits de l'assureur contre l'un ou contre l'autre. Ainsi on peut se demander si le commissionnaire est obligé, pour se faire payer du montant de l'assurance, de nommer le commettant

1726. Il faut remarquer d'ailleurs qu'en matière d'assurance, comme en toute autre, une personne sans mandat ne pourrait agir, soit en son propre nom, soit au nom d'autrui. Une assurance maritime ou terrestre faite par un individu qui agirait de son propre mouvement au profit d'un tiers serait donc radicalement nulle, et ne pourrait conséquemment valoir, même au moyen de la ratification postérieure du tiers assuré (1).

Toutefois, il en serait autrement si la personne qui fait assurer sans mandat au profit d'un tiers avait payé la prime, ou s'était engagée personnellement à la payer. On rentrerait alors dans les termes de l'article 1121 du Code civil, qui permet de stipuler pour un tiers lorsque telle est la conséquence d'un contrat que l'on fait en son propre nom. L'assurance stipulée au profit d'un tiers deviendrait la condition du payement de la prime fait par le stipulant, ou de l'obligation qu'il aurait personnellement contractée de la payer (2).

L'assurance serait également valable, si celui qui fait assurer une chose au profit d'un tiers agissait comme *negotiorum gestor*. Néanmoins, une assurance, comme toute autre obligation, n'est valablement stipulée par un tiers en qualité de *negotiorum gestor*, qu'autant que l'assurance est la suite d'une affaire volontairement gérée pour autrui, et ne constitue pas

(M. Lemonnier, *Comment. des principales polices d'assurance*, t. II, p. 264; MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. II, p. 270; M. Troplong, *Revue de législat.*, 1845, t. I, 65); si, après avoir nommé son commettant, il cesse d'être obligé vis-à-vis de l'assureur; si le commettant devient seul obligé; si le commettant et le commissionnaire deviennent obligés solidaires. (Boulay-Paty, t. III, p. 310; Locré, sur l'art. 332 C. com; Valin, t. II, p. 34; Pothier, p. 148; Émérigon, t. I, p. 141; Pardessus, n. 564; Estrangin, p. 149 et 362; Dageville, t. III, p. 49; M. Troplong, *ubi sup.*, p. 66 et suiv.) Mais je n'ai pas à m'occuper ici de ces questions, dont la solution dépend, non des règles sur les promesses et les stipulations pour autrui, mais des principes sur le contrat de commission, combinés avec les principes du contrat d'assurance. Du reste, j'ai déjà eu l'occasion d'examiner une de ces questions en traitant de la compétence dans le cas d'une assurance faite pour le compte d'un Français, par un commissionnaire étranger. (Voy. t. I, n. 690.) Je reviendrai plus tard sur les autres questions.

(1) M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Stipulation pour autrui*, § 5, n. 1.

(2) M. Merlin, *ibid.*, n. 2.

à elle seule cette affaire ; car, ainsi qu'on l'a très-bien dit, c'est l'intérêt d'autrui né et actuel, l'intérêt protégé par la loi qui permet au *negotiorum gestor* de remplacer volontairement et valablement celui dont il gère l'affaire ; mais il est bien évident qu'un prétendu *negotiorum gestor* ne peut faire naître, par sa stipulation, l'affaire d'autrui, pour se justifier d'y avoir pris part (1). S'il en était autrement, il n'y aurait pas une stipulation pour autrui qui ne fût valable, puisqu'en la faisant on gérerait toujours l'affaire de celui pour qui on stipulerait (2).

1727. Enfin, une assurance maritime ou terrestre peut encore être stipulée au profit du propriétaire par toute personne ayant intérêt à la conservation de la chose assurée (3) ; par exemple, par un usufruitier, ou par un créancier hypothécaire, s'il s'agit d'une assurance terrestre (4) ; par un créancier privilégié sur les marchandises, ou sur le navire, s'il s'agit d'une assurance maritime (5). Mais il est à remarquer, que, dans ce cas, l'assurance, étant faite dans l'intérêt du créancier et du propriétaire, est valable relativement au créancier seulement, s'il n'y a pas de ratification ultérieure de la part du propriétaire de la chose assurée, de telle sorte que l'assureur ne doit l'indemnité du sinistre que dans la proportion de la créance, parce qu'alors le créancier est seul assuré ; tandis que si le propriétaire a ratifié l'assurance et profité de la stipulation faite dans son intérêt, l'indemnité doit être de la valeur totale de la chose assurée. Un arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1824 (6) semble, il est vrai, juger que dans tous les cas l'indemnité doit être de la valeur totale ; mais il est à remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, on a considéré le créancier comme ayant agi en qualité de *nego-*

(1) M. Besnard, *Essai* précité, p. 47.

(2) Duranton, t. X, n. 229 et 230 ; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, p. 253.

(3) Cass., 11 fév. 1868, D., 68, 1, 387.

(4) Cette assurance est autorisée par les statuts des Compagnies.

(5) E. Vincens, t. III, p. 218 ; Pardessus, n. 589 et 803 ; M. Lemonnier, t. II, p. 252 ; M. Quesnaut, p. 34.

(6) S., 7, 1, 605.

tiorum gestor, et non pas seulement en son nom propre, d'où il résultait que l'assurance était faite au nom du propriétaire et non pas seulement au nom et dans l'intérêt exclusif du créancier.

1728. Il suit de tout ce qui précède que l'effet de la stipulation pour un tiers, quand elle est permise, étant subordonné à l'acceptation ou à la ratification de ce tiers, celui qui a fait la stipulation peut la révoquer, tant que cette ratification n'est pas intervenue, parce que, jusque-là, il n'est pas lié envers le tiers relativement auquel la stipulation est *res inter alios acta*. Mais dès que le tiers a ratifié, et déclaré vouloir profiter de la stipulation, il devient partie au contrat, qui ne peut plus être révoqué que du consentement mutuel de tous les contractants.

1729. La ratification, quant à sa forme, n'est soumise à aucune règle particulière. Ratifier est consentir : à la ratification s'appliquent donc les principes développés plus haut sur la manière dont le consentement s'établit et se manifeste (1).

1730. Je l'ai déjà dit, toutes les règles dans les détails desquelles je viens d'entrer sur la valeur et l'effet des promesses et des stipulations pour autrui, sont également applicables en matière civile et en matière commerciale. Néanmoins, il est un contrat particulier aux matières commerciales au moyen duquel il est non-seulement permis de promettre et de stipuler pour autrui dans des conditions toutes différentes de celles qui sont prévues par les articles 1119, 1120 et 1121 du Code civil, mais qui de plus oblige de plein droit, activement et passivement, tous ceux qu'il intéresse d'une certaine manière, quoiqu'il ne soit fait d'eux aucune mention dans le contrat.

Je veux parler du concordat.

Le concordat est un traité entre le failli et ses créanciers par lequel ceux-ci, dans la vue de moins perdre, accordent à leur débiteur, soit des délais pour payer, soit des remises sur le montant de leurs créances. Dans les cas ordinaires, et

(1) Voy. *sup.*, n. 1418.

quand il n'y a pas faillite, tout créancier est libre de traiter avec son débiteur et ne peut être lié par les arrangements particuliers que d'autres créanciers auraient pris avec le débiteur commun. Mais dans une faillite il en est autrement. Le débiteur a déclaré à tous ses créanciers réunis, et dont la masse constitue un corps moral, qu'il ne peut les payer ou actuellement ou intégralement, et tous sont mis par là en mesure d'exercer en même temps les droits égaux qui leur appartiennent sur les biens de leur débiteur failli, lequel dessaisi de l'administration de ses biens, ne peut valablement faire aucun payement aux uns au préjudice des autres. Cette règle inflexible d'égalité, qui fait la loi de la masse chirographaire, devait avoir pour conséquence nécessaire de lier la minorité des créanciers par les délibérations de la majorité dans toutes les mesures qui, prises dans un intérêt général, imposent à tous des sacrifices de temps ou de capital pour sauver tout ce qui peut être sauvé. De même que dans un naufrage, les effets sauvés contribuent à la perte de ceux dont le jet a procuré le salut du navire, et que tous supportent leur part du dommage dans lequel ils ont trouvé leur conservation, soit que leurs propriétaires y aient ou non personnellement consenti, de même aussi, dans le sinistre qui ébranle la fortune d'un débiteur, et met en péril le gage commun de tous ses créanciers, si, pour sauver une partie de leurs droits, ceux-ci sont obligés d'en sacrifier le reste, le sacrifice doit être le même pour tous, et tous doivent y contribuer dans la proportion de leurs créances. Il faut donc que le concordat oblige également tous les créanciers en faveur desquels n'existent pas des causes légitimes de préférence. S'il en était autrement, et si le concordat n'obligeait que les créanciers qui y ont consenti, il en résulterait de deux choses l'une : ou que l'égalité qui est la règle commune des créanciers, en cas de faillite, serait nécessairement rompue ; ou que le refus de la minorité forcerait la majorité à renoncer à un traité qui lui paraît utile, et que les plus grands intérêts suivraient la loi des plus petits. Aussi rencontre-t-on dans le droit romain des traces de conventions analogues, qui, faites sous l'auto-

ité du prêteur, liaient la minorité des créanciers par les dé-
ibérations de la majorité (1) ; et en recherchant les origines
lu droit commercial dans les constitutions des républiques
taliennes du moyen âge, on trouve ce principe, qu'en ma-
ière de concordat l'opinion de la majorité fait la loi de la
ninorité. Straccha cite, à ce sujet, les constitutions de Pé-
'ouse et de Florence : *Quæ jubent transactionem initam à syn-
'icis cum decoctore, adhibito consensu duarum partium credito-
um, ratam esse* (2). Et il en donne la raison : *Quare creditores,
i in unum convenerint et plures dicant se certâ parte debiti con-
ntos esse, præferantur dissentientibus in minori tamen numero,
tione habitâ ad cumulum debiti, quoniam ni ità statutum esset,
inor pars obesset majori et impediretur per minorem partem
mmodum et utilitas majoris partis : meliùs est enim pauca divi-
re quàm totum perdere* (3).

En France, jusqu'à l'ordonnance de 1673, aucune disposi-
on légale ne régla les effets du concordat ou traité fait entre
 failli et ses créanciers, et n'attribua aux conventions faites
ar la majorité la force d'obliger la minorité. Toutefois, sur
e point l'usage avait précédé la loi. On lit en effet dans le
hapitre v du *Traité des changes et des rechanges licites et illi-
ites et du moyen de pourvoir aux fraudes et banqueroutes*, par
Maréchal, ouvrage publié en 1625, que « l'accord fait et passé
par les députés, et souscrit de la plupart d'iceux, vaut et
ient contre tous... »

1731. Aujourd'hui, le concordat est la loi de tous les créan-
ciers qu'une cause légitime de préférence ne place pas dans
une position privilégiée. Mais la formation de ce traité a été
entourée de précautions qui protégent tous les intérêts. Ainsi,
e concordat ne peut être consenti qu'après que la vérification
t l'affirmation des créances ont permis, en comparant le
passif du débiteur avec son actif, de déterminer sa position
t d'apprécier quels sacrifices les créanciers doivent s'impo-

(1) L. 7, § *ult.*, ff. *De pactis*; l. 8, 9 et 10, *ibid.* — Voy. Vinnius, *De
actis*, cap. VII.
(2) *De decoct.*, part. IV, n. 13.
(3) *Ibid.*, n. 9.

ser, et même s'ils doivent s'imposer des sacrifices (1); le droit de délibérer au concordat n'appartient qu'aux créanciers qui doivent en définitive supporter les remises qui pourront être accordées au débiteur, ce qui en exclut les créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes (2); le concordat ne peut s'établir que par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité, et représentant en outre les trois quarts de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision (3); tous les créanciers ayant eu le droit de concourir au concordat, ou dont les droits ont été reconnus depuis, peuvent y former opposition, mais dans la huitaine du concordat, à peine de nullité, ce qui interdit la faculté d'opposition aux créanciers dont les droits n'ont été reconnus qu'après l'expiration de la huitaine (4), sauf l'action en nullité pour cause de dol et de fraude, qui appartient, en tout temps, à tous les créanciers (5); si l'opposition est admise, elle annule, à l'égard de tous les créanciers, le concordat qui les obligeait tous (6); enfin le concordat, non attaqué par voies d'opposition ou maintenu malgré l'opposition, doit être homologué, sur le rapport du juge-commissaire, par le tribunal de commerce qui peut refuser l'homologation, soit pour inobservation des règles prescrites, soit par des motifs tirés de l'ordre public ou de l'intérêt des créanciers (7). C'est cette homologation qui rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers sans distinction, portés ou non portés au bilan, vérifiés ou non vérifiés, et conséquemment tant pour ceux qui ont eu le droit de prendre part à la délibération, que pour ceux qui, étant inconnus ou contestés, n'ont pas pu ou dû y être appelés. On voit que la législation actuelle est plus

(1) C. com., art. 507.

(2) C. com., art. 508.

(3) C. com. art. 507. — *Majorem esse partem pro modo debiti, non pro modo personarum placuit.* (L. 10, ff. *De pactis.*) *Ratione habitâ ad cumulum debiti,* disait Straccha, *loc. cit.* — *Non modò numero personarum, sed cumulo et quantitate summarum.* Maréchal, *loc. cit.*

(4) C. com., art. 512.

(5) M. Renouard, t. II, p. 46; M. Lainné, p. 230.

(6) C. com., art. 513.

(7) C. com., art. 514 et 515.

uste que l'ancienne coutume italienne qui, en imposant à la ninorité le traité fait par la majorité, ne semblait prescrire n aucun cas l'obligation d'appeler la minorité à la délibéraion, *etiam aliis creditoribus irrequisitis et ignorantibus* (1); et noins rigoureuse que les anciens usages français attestés par Íaréchal (2), qui permettaient de contraindre les refusants à igner l'accord « par saisie de biens et emprisonnement de eurs personnes. »

1732. Mais il est à remarquer que cet effet obligatoire pour ous les créanciers absents ou présents, consentants ou refuants, n'est produit que par le concordat, c'est-à-dire par le raité fait entre le failli et ses créanciers dans les circonstances révues et suivant les formes déterminées par le Code de ommerce. Toutes autres conventions qui interviendraient ntre un créancier et un débiteur non déclaré en faillite, ou nême déclaré en faillite, mais en dehors des conditions de emps et de forme exigées par le Code de commerce, ne seaient obligatoires que pour ceux qui les auraient souscrites (3).

1733. Comme on le voit, le principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes souffre plus l'une exception ; et dans plus d'un cas elles peuvent nuire ou profiter au tiers.

Mais outre les cas particuliers qui précèdent, et dans lesquels les conventions nuisent ou profitent directement à d'aures personnes qu'aux parties contractantes, il est un point de vue fort général, auquel les conventions nuisent ou profitent nécessairement, quoique indirectement, à des personnes qui eur sont étrangères. C'est ce qui arrive quand on les considère sous le point de vue de l'intérêt des créanciers des contracants. Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (4). Tout contrat fait par un débiteur profite donc à ses créanciers, s'il augmente la masse de ses biens, de même

(1) Straccha, *De decoct.*, part. IV, n. 13.

(2) *Ubi sup.*

(3) Pardessus, n. 1318 ; Cass., 30 avril 1810, S., 3, 1, 177 ; D., 8, 28. — Voy. cependant Nîmes, 23 juill. et 59 août 1860, S., 61, 2, 229.

(4) C. civ., art. 2093.

qu'il leur nuit s'il la diminue. De là la faculté accordée aux créanciers, d'une part, d'exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne (1), ce qui leur donne le moyen d'en tirer le profit que lui-même négligerait de recueillir; et, d'autre part, d'attaquer en leur nom personnel les actes faits par leur débiteur, en fraude de leurs droits (2), ce qui leur donne le moyen de se soustraire à l'effet nuisible de ces actes.

1734. Le créancier qui veut exercer les droits et actions de son débiteur ne peut user de cette faculté qu'autant que le débiteur néglige de les exercer lui-même; mais il n'est point nécessaire que le créancier fasse préalablement constater cette négligence et obtienne judiciairement sa subrogation dans les droits et actions de son débiteur. Cette subrogation résulte virtuellement de l'art. 1166, sauf aux tribunaux à déclarer l'action du créancier mal fondée si, en fait, il était constaté que son débiteur ne néglige pas l'exercice de ses droits (3). Le créancier peut également intervenir à ses frais dans les contestations où son débiteur se trouve engagé, pour surveiller la défense de ce dernier, empêcher tout concert frauduleux et proposer les moyens que le débiteur négligerait de faire valoir (4). Ce droit d'intervention est spécialement reconnu aux créanciers dans deux circonstances remarquables : en matière de séparation de biens (5), et en matière de partage des biens dépendants d'une succession (6) ou d'une société (7). Il est fondé sur ce motif déterminant que les créanciers peuvent non-seulement exercer les actions de leur débiteur, mais encore proposer les exceptions qu'il néglige de faire valoir : *Non solum potest creditor exercere omnes actiones utiles debitori*

(1) C. civ., art. 1166.
(2) *Ibid.*, art. 1167.
(3) Cass., 23 janv. 1849, S., 49, 1, 193; et 2 juil. 1851, *ibid.*, 53, 1, 593; Angers, 25 août 1852, *ibid.*, 52, 2, 587, et Bourges, 25 mai 1859, *ibid.*, 60, 2, 432. *Contrà*, Proudhon, *De l'usufruit*, n. 2236; Demante, *Progr.*, t. II, p. 296, et Marcadé, sur l'art. 1166.
(4) C. civ., art. 788.
(5) *Ibid.*, art. 1447. Voy. *sup.*, t. II, n. 1021.
(6) *Ibid.*, art. 1872 et 882.
(7) Paris, 13 juin 1807, S., 2, 2, 260; D., 12, 365.

suo competentes, sed etiam omnes exceptiones eidem debitori suo competentes contrà alium creditorem proponere (1).

1735. A cet égard, les principes généraux sont les mêmes en matière commerciale et en matière civile. Il y a même en matière commerciale un cas particulier où ils acquièrent une nouvelle énergie : c'est quand le débiteur est en état de faillite. La déclaration de faillite dessaisit le débiteur non-seulement de l'administration de ses biens, mais encore de ses actions actives et passives, qui, à partir du jugement déclaratif, ne peuvent plus être suivies que par les syndics, et ne peuvent plus être intentées que contre eux (2).

1736. Mais en matière de faillite, de même que dans les cas ordinaires, les créanciers ne peuvent exercer les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur ; c'est-à-dire qui, d'après leur nature ou une disposition spéciale de la loi, ne peuvent être exercés que par le débiteur, ou qui du moins ne peuvent l'être contre sa volonté par une autre personne (3).

1737. Du reste, quand les droits et actions d'un débiteur sont exercés par un ou plusieurs de ses créanciers, en dehors de l'hypothèse d'une faillite, l'action ne profite qu'aux créanciers qui l'intentent, et si des créanciers obtiennent un jugement contre un débiteur de celui aux lieu et place duquel ils agissent, ce jugement ne peut prononcer de condamnation ou être exécuté que jusqu'à concurrence seulement du montant des créances des poursuivants. En matière de faillite, au contraire, les actions du débiteur failli, étant exercées au nom de la masse des créanciers par les syndics qui les représentent, profitent à tous. C'est là une différence capitale qu'il ne faut pas perdre de vue.

1738. Quand les créanciers exercent les droits et actions de leur débiteur, ils agissent au nom de celui-ci, dont ils deviennent en quelque sorte les mandataires forcés. Au contraire, quand ils attaquent les actes faits par leur débiteur en fraude

(1) Olea, *De cessione*, tit. IV, quæst. 3, n. 24 et seq.; Casaregis, *Disc.* 5, n. 62 et 94.

(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 1198.

(3) Zachariæ, t. III. § 544.

de leurs droits, ils exercent un droit qui leur est propre ; et, en demandant l'annulation de ses actes, ils poursuivent un résultat que leur débiteur lui-même, lié par la convention, ne pourrait obtenir, parce qu'il ne peut se prévaloir vis-à-vis de ceux avec qui il a contracté, pour faire annuler les actes qu'il a consentis, de la fraude dont il se serait rendu coupable envers ses créanciers.

1739. En permettant aux créanciers d'attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, l'article 1167 du Code civil n'a pas entendu les autoriser à attaquer tous les actes de nature à leur nuire, mais seulement les actes qui, faits en vue de leur nuire, leur nuisent réellement (1). On ne peut jamais considérer comme fait en fraude des tiers ou des créanciers l'acte dont ils souffrent quelque dommage, mais dans lequel les parties ont uniquement cherché leur avantage personnel. Le principe est généralement vrai en matière commerciale comme en matière civile. *Et generaliter loquendo*, dit Casaregis (2), *quando aliquis in sui utilitatem et commodum operatur, nunquam dolus aut fraus aliqua in eo præsumi debet, quamvis actus ab ipso gesti in tertii præjudicium redundant.* D'où il suit que dans cet ordre d'idées des créanciers postérieurs à l'acte ne peuvent pas l'attaquer comme fait en fraude de leurs droits, puisque le débiteur, en contractant, ne pouvait avoir l'intention de préjudicier à des droits qui n'existaient pas encore (3). *Actio rescissoria vel revocatoria ob fraudem, non datur illis creditoribus qui de tempore actûs fraudulenti non erant creditores* (4).

Du reste, on peut dire qu'il y a dessein de frauder de la part du débiteur, lorsqu'il connaît son insolvabilité et que, malgré cette connaissance, il diminue et aliène ses biens, quoique en le faisant il ne songe point à frauder précisément telle ou telle personne en particulier (5).

(1) Toullier, t. VI, n. 348 et suiv.

(2) *Disc.* 124, n. 7.

(3) Toullier, t. VI, n. 351 ; Duranton, t. X, n. 573 ; M. Demolombe, t. II, n. 232.

(4) Casaregis, *Disc.* 216, n. 28.

(5) Voët, lib. XLII, tit. VIII, n. 14 ; Toullier, t. VI, n. 349.

1740. Le dessein de frauder de la part du débiteur ne suffit même pas pour faire annuler les actes qui nuisent à ses créanciers, quand il s'agit de cessions ou d'aliénations à titre onéreux; il faut de plus que les tiers avec lesquels le débiteur a traité soient complices de la fraude, c'est-à-dire qu'ils aient connu l'intention du débiteur de nuire à ses créanciers (1) : connaissance qui, dans les cas ordinaires (2), ne pourrait s'induire de celle que les tiers auraient eu des dettes du débiteur et du désordre de ses affaires. *Non enim si simpliciter scio illum creditores habere, non sufficit ad contendendum teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est* (3).

Mais il en est autrement dans les aliénations à titre gratuit. Il suffit que le débiteur qui aliène agisse en fraude de ses créanciers pour que ceux-ci puissent faire révoquer l'aliénation, quelle que soit d'ailleurs la bonne foi de ceux avec qui il a traité.

Cette distinction est fondée en équité : celui qui a acquis de bonne foi à titre onéreux est protégé par sa bonne foi même contre toute réclamation ultérieure ; et, s'il est vrai qu'en ne révoquant pas le contrat, les créanciers restent victimes de la fraude de leur débiteur, il est également vrai qu'en le révoquant, l'acquéreur sera dépouillé malgré son titre et sa bonne foi. Or, en supposant la position des uns et des autres parfaitement égale d'ailleurs, l'acquéreur qui est en possession devrait encore être préféré : *In pari causâ potior possessor haberi debet* (4). Au contraire, quand les créanciers se trouvent en présence d'un cessionnaire à titre gratuit, il en est tout autrement. Par la révocation, le cessionnaire manque de gagner, mais il ne perd pas : *Lucrum extorqueatur, non damnun infligatur;* tandis que si la révocation n'avait pas lieu, les créanciers perdraient nécessairement. La bonne foi du cessionnaire ou de l'acquéreur ne peut donc alors être d'aucune considération (5).

(1) L. 1 et 6, ff. *Quæ in fraudem creditorum.*
(2) Voy. le numéro suiv.
(3) L. 10, § 2, ff. *Quæ in fraudem.*
(4) L. 228, ff. *De reg. jur.*
(5) L. 6, § 11, *Quæ in fraud.* Domat, liv. II, tit. X, sect. I, n. 2; Po-

1741. Le droit commercial offre, en matière de faillite, un exemple remarquable de l'application de la règle qui permet aux créanciers d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. J'ai déjà expliqué avec étendue les effets de la faillite sur les actes antérieurs du failli (1), je n'y reviendrai donc pas ici. Rappelons seulement que la distinction qui vient d'être indiquée entre les actes d'aliénation à titre onéreux et les actes à titre gratuit, est observée en matière de faillite, avec cette différence toutefois que tous les actes d'aliénation à titre gratuit faits par le failli postérieurement à sa cessation de payements, sont de plein droit réputés nuls, sans qu'il y ait nécessité de prouver la fraude de la part du débiteur (2), et que les actes d'aliénation à titre onéreux, pour la révocation desquels on requiert la fraude des tiers acquéreurs, peuvent être annulés, si ceux qui ont traité avec le failli avaient connaissance de la cessation de payements (3). Ici cette connaissance peut suffire pour prouver la fraude (4).

1742. Remarquons ici qu'à la différence de l'action intentée par les créanciers comme exerçant les droits de leur débiteur, qui ne profite qu'aux créanciers agissants, l'action révocatoire ayant pour objet de faire rentrer une chose ou un droit entre les mains du débiteur, profite à tous les créanciers, parce que tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence. Cela est vrai surtout en matière de faillite où tous les créanciers agissent collectivement par le ministère de syndics qui les représentent, et où les annulations sont prononcées par la loi dans l'intérêt général de la masse des créanciers (5).

thier, *Des oblig.*, n. 153; Toullier, t. VI, n. 352 et suiv.; Duranton, t. X, n. 572; Cass., 30 juillet 1839, S., 40, 1, 227; et 2 janv. 1843, *ibid.* 43, 1, 114.

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1216 et suiv.

(2) C. com., art. 446.

(3) *Ibid.*, art. 447.

(4) Voy. le numéro qui précède, et t. II, n. 1227. — Voy. Cass., 12 fév. 1849, S., 49, 1, 506.

(5) V. Cass., 13 nov. 1867, D., 68, 1, 212.

1743. Les règles qui précèdent sur la faculté accordée aux créanciers d'attaquer en leur nom personnel les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, se modifient en matière de partage de succession, et en matière de séparation de biens.

En matière de séparation de biens, les créanciers du mari ne peuvent plus attaquer le jugement de séparation rendu en fraude de leurs droits, lorsque les formalités prescrites pour la publicité de la demande et du jugement de séparation ont été remplies, et qu'il s'est écoulé une année depuis les insertions ordonnées par l'article 873 du Code de procédure (1).

1744. En matière de succession, il résulte de l'article 882 du Code civil que les créanciers qui ne se sont point opposés à ce qu'on procédât, hors leur présence, au partage d'une succession dans laquelle leur débiteur se trouve intéressé, ne peuvent plus attaquer, comme fait en fraude de leurs droits, le partage consommé, c'est-à-dire sérieusement fait, et exempt de simulation (2), à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux, et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. Cette disposition ne reçoit aucune application directe en matière commerciale, mais elle y soulève indirectement une question qui ne manque pas de gravité.

Aux termes de l'article 1872 du Code civil, les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre cohéritiers, s'appliquent au partage entre associés. De là la question de savoir si la disposition de l'article 882, qui est une des règles du partage des successions, et suivant laquelle les créanciers qui n'ont pas formé opposition à ce que le partage eût lieu hors leur présence, ne sont pas recevables à l'attaquer, est applicable au partage entre associés. L'affirmative a été jugée le 13 juin 1807 (3) par un arrêt de la cour de Paris, qui ne contient aucun développement sur la question. Mais depuis, un arrêt de la Cour

(1) Voy. *sup.*, t. II, n. 1021.
(2) Cass., 27 nov. 1844, S., 45, 1, 284.
(3) S., 2, 2, 260.

de cassation du 29 novembre 1834 (1) a jugé la négative. Toutefois, ce dernier arrêt ne me semble pas complétement décisif, bien que, soigneusement motivé et précédé d'observations dans lesquelles le conseiller rapporteur a développé les motifs dont l'arrêt lui-même reproduit la substance, il ait entraîné l'opinion de tous les auteurs qui, depuis, ont écrit sur les sociétés : tous décident que l'article 882 n'est pas applicable en matière de partage entre associés, et que les créanciers des associés peuvent attaquer le partage, alors même qu'ils n'ont pas préalablement formé opposition à ce qu'il y fût procédé hors de leur présence. Ainsi, M. Duvergier (2) se borne à citer un passage des observations du rapporteur; M. Delangle (3) donne tout au long le texte de l'arrêt ; enfin, M. Troplong (4) rappelle comme décisif un des motifs de cet arrêt qui consiste à dire que, si le législateur a voulu que le partage d'une succession consommée sans opposition ne pût être attaqué, c'est que c'eût été porter le trouble dans les familles, raison qui n'existe pas dans le partage d'une société. Du reste, ni les uns ni les autres n'ont discuté la valeur des motifs qu'ils s'appropriaient, ni recherché s'ils étaient également applicables à toute espèce de société : et cependant la question en valait bien la peine.

Ces motifs consistent, outre celui qui vient d'être rappelé, à dire que l'article 1872, en renvoyant au titre du *Partage des successions* pour les règles du partage des sociétés, n'est relatif qu'à la forme du partage, et qu'il ne s'explique nullement sur les droits des créanciers coassociés; enfin, que l'ouverture d'une succession est en général un fait notoire, qui met les créanciers de l'héritier à même de veiller à la conservation de leurs droits, tandis qu'il n'en est pas de même d'une société, surtout d'une société civile, dont l'existence et la dissolution peuvent être ignorées par les créanciers des associés.

Remarquons, d'abord, que le motif pris de ce que l'ar-

(1) S., 35, 1, 131.
(2) *Des sociétés*, n. 475.
(3) *Des sociétés*, t. II, n. 706.
(4) *Des sociétés*, t. II, n. 1061.

ticle 1872 ne renverrait au titre des *Successions* que pour ce qui est relatif à la *forme* du partage et aux droits des copartageants entre eux, manque d'exactitude. Cet article exprime au contraire, comme le fait très-bien remarquer M. Duvergier, que toutes les dispositions placées sous la rubrique du *Partage*, au titre des *Successions*, régissent le partage des sociétés. Il porte, en effet, que les *règles* concernant le partage des successions, la *forme* du partage et les *obligations* qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés. On ne peut rien dire de plus général. L'article 1872 ne renvoie pas seulement pour les formes du partage, il renvoie aussi pour les règles ; or, c'est une règle du partage des successions que les créanciers ne puissent les attaquer comme leur faisant fraude, quand ils n'y ont pas préalablement formé opposition. L'article 1872 ne renvoie pas précisément pour les droits des copartageants, mais pour leurs obligations ; or, parmi les obligations des cohéritiers se trouve celle de payer les dettes de la succession ou de la société, ou de se faire réciproquement raison de celles qu'ils auraient personnellement acquittées : de là vient la faculté qui appartient aux créanciers personnels des copartageants de surveiller le partage pour qu'il ne soit pas fait en fraude de leurs droits, faculté dont l'article 882 règle l'exercice ou l'abandon. Le texte de l'article 1872, sainement entendu, comprend donc l'article 882 parmi les dispositions auxquelles il renvoie, à moins qu'un motif particulier ou une raison d'incompatibilité n'en rende l'application impossible.

Ce motif se trouve-t-il dans cette considération qui semble déterminante à M. Troplong, et qui consiste à dire que si en matière de succession le législateur a voulu que le partage consommé sans opposition ne pût être attaqué, c'est que c'eût été porter le trouble dans les familles, motif qui n'existerait pas dans le partage d'une société ? Mais j'avoue que cette différence ne me touche pas, et que je la comprends peu. Qu'entend-on par porter le trouble dans les familles ? On ne peut vouloir dire par là qu'une seule chose : c'est que les créanciers, en attaquant le partage fait en fraude de leurs droits,

remettraient en question les droits respectifs des copartageants : ce qui pourrait avoir sans aucun doute de fâcheuses conséquences pour ceux qui, après avoir reçu et disposé de ce qu'ils auraient reçu, seraient obligés de rapporter. Or, ces conséquences se rencontreront tout aussi désastreuses dans un partage de société que dans un partage de succession. Que les copartageants soient cohéritiers ou coassociés, peu importe : il y aurait dans les deux cas une instabilité également fâcheuse. Se laisser toucher par la mauvaise position qu'un pareil état de choses ferait aux cohéritiers, et rester insensible à celle des coassociés, c'est se placer à un point de vue trop exclusif, et ne pas tenir compte des intérêts immenses engagés dans les associations ; c'est ne pas voir qu'un partage de succession n'intéresse le plus ordinairement qu'une famille, tandis qu'un partage de société en intéresse toujours plusieurs. C'est limiter l'action du législateur à la protection des actes qui s'accomplissent dans l'enceinte du foyer domestique, tandis que dans l'état actuel de la civilisation, où l'activité se répand au dehors, sa protection doit s'étendre partout où se manifestent les effets de cette activité. Je crois donc que le motif puisé dans l'esprit présumé de l'article 882 n'a aucune valeur, et qu'il est, dès lors, sans influence sur la solution de la question.

Reste celui qui est pris de ce que l'ouverture de la succession est, en général, un fait notoire qui met les créanciers de l'héritier à même de veiller à la conservation de leurs droits, tandis qu'il n'en est pas de même d'une société civile, qui n'est assujettie à aucune forme de publication, et dont l'existence peut être toujours ignorée par les créanciers des associés. Je reconnais la force de ce motif, mais seulement quand il s'agit d'une société civile que rien ne révèle à la connaissance des tiers, qui commence et qui finit, sans qu'ils soient avertis de sa naissance et de sa mort. Il est bien évident alors que de l'existence de cette société il ne peut naître aucune obligation pour les tiers de prendre des mesures conservatoires. On ne peut donc, dans cette hypothèse, opposer l'article 882 aux créanciers des associés, non parce que cet

article serait par lui-même inapplicable en matière de société, mais parce que, pour s'y conformer, il faut que les créanciers aient été mis en demeure de le faire, et qu'ils ne peuvent encourir aucune déchéance pour n'avoir pas exercé un droit dont rien ne les avait mis en mesure de connaître l'existence et l'utilité.

Mais on comprend très-bien qu'il en doit être tout autrement quand il s'agit d'une société commerciale, en nom collectif ou en commandite, ou d'une société anonyme, commerciale ou civile, dont la formation et la dissolution doivent être portées à la connaissance des tiers par des publications légales (1). Alors, quand ces publications ont eu lieu, les tiers valablement avertis doivent se mettre en mesure : quand, au contraire, elles n'ont pas eu lieu, la société, sa formation, sa dissolution, et, conséquemment, son partage, sont *res inter alios acta*, qu'on ne peut opposer aux tiers. Dans le premier cas, les tiers ne peuvent attaquer le partage fait en fraude de leurs droits, si, préalablement, ils n'y ont pas formé opposition ; dans le second cas, comme lorsqu'il s'agit d'une société civile, l'action est toujours recevable.

Voilà ce qui résulte, selon moi, de la combinaison des articles 882 et 1872 du Code civil, avec les articles 42 et 46 du Code de commerce. Et c'est d'ailleurs en ce sens que doit être entendu l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1834, qui n'avait à statuer que sur le partage d'une société civile. Les auteurs que j'ai cités et combattus ont donc eu tort, à mon avis, de ne pas faire une distinction qui était indiquée par les termes mêmes de l'arrêt dont ils invoquaient l'autorité.

1745. Tels sont les droits des créanciers à l'égard des actes faits par leurs débiteurs, droits qui modifient le principe général, d'après lequel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Ces dernières explications complètent l'examen des dispositions du Code civil sur les effets généraux des conventions ou obligations conventionnelles. Les obligations produisent d'ailleurs des effets particuliers, suivant leurs espèces, ainsi que nous allons le voir dans le chapitre suivant.

(1) C. com., art. 42 et 46.

CHAPITRE IV

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 1746. Division du chapitre IV.

1746. Les obligations, considérées sous le rapport des effets qu'elles produisent, sont pures et simples ou conditionnelles; — à terme ou sans terme; — alternatives ou d'une chose déterminée; — solidaires ou non solidaires; — divisibles ou indivisibles; — avec ou sans clause pénale. Nous allons examiner successivement ces diverses espèces d'obligations dont quelques-unes sont régies par des principes dont l'application présente, en droit commercial, le plus haut intérêt.

SECTION I. — DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES.

SOMMAIRE. — 1747. Définition de la condition. — 1748. De la condition proprement dite et de la quasi-condition. — 1749. De la condition suspensive et de la condition résolutoire.

1747. Aux termes de l'article 1168 du Code civil, l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résolvant selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas. En ce sens, la condition est l'événement futur et incertain duquel dépend la force juridique d'une obligation. Dans une acception plus étendue, les conditions sont toutes les clauses qui ont pour objet de modifier une convention (1); on entend aussi par conditions les choses qui sont de l'essence des conventions, c'est-à-dire qui sont nécessaires à leur existence (2). Mais quand on parle d'une obligation conditionnelle, on entend toujours parler d'une convention dont l'effet obligatoire dépend d'un événement futur et incertain, et jamais de celles qui contiennent de simples clauses modificatives de l'obligation principale.

1748. De ce que la condition a pour effet de suspendre ou

(1) Toullier, t. VI, n. 467 ; Duranton, t. II, n. 5; Cujas, sur la loi 72, *De condit. et demonstr.*

(2) Voy. *sup.*, n. 1443. — V. aussi M. Demolombe, t. II, n. 278.

de résoudre l'obligation, il en résulte que, pour qu'une obligation soit conditionnelle, il faut que l'événement dont on la fait dépendre soit à la fois futur et incertain.

Il faut qu'il soit incertain, c'est-à-dire qu'il puisse arriver ou ne pas arriver, parce que si l'événement devait nécessairement arriver, soit pour résoudre, soit pour consolider l'obligation, elle serait ou non avenue, ou pure et simple dès l'origine (1).

Il faut qu'il soit futur, car une obligation contractée sous la condition d'une chose passée ou présente, quoique ignorée des parties, n'est pas, à proprement parler, une obligation conditionnelle. Si l'événement passé ou présent duquel on fait dépendre l'obligation n'est point arrivé, il n'y a pas d'obligation; si l'événement est arrivé, l'obligation n'est point suspendue, et elle a son effet du jour même du contrat (2): *Conditio in præteritum non tantùm in præsens tempus relata statim aut perimit obligationem, aut omnino non differt* (3). La définition que l'article 1168 du Code donne de la condition est conforme à ces principes. Il est vrai que l'article 1181 semble dire le contraire en définissant l'obligation contractée sous une condition suspensive, celle qui dépend d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Mais c'est là une inexactitude de rédaction. La condition qui consiste dans un événement déjà arrivé n'a que les apparences de la condition; c'est une quasi-condition, comme dit Cujas : *Illa quæ confertur in præsens vel præteritum dicitur quasi conditio vel quasi conditionalis stipulatio* (4). Et ce qui prouve que l'article 1181 ne l'a pas autrement considéré, c'est qu'il porte en termes exprès que dans le cas où l'événement est déjà arrivé, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée, et qu'il exclut ainsi toute idée d'effet suspensif (5).

(1) L. 9, ff. *De noval.*; l. XLV, § 1 et 3, ff. *De verb. oblig.*
(2) Pothier, n. 205; Toullier, t. VI, n. 475; Duranton, t. XI, n. 11.
(3) L. 100, ff. *De verb. oblig.*
(4) Sur la loi 39, ff. *De rebus cred.*
(5) M. Marcadé, sur l'art. 1181. — Voy. *sup.*, n. 1554.

Cette distinction entre la condition proprement dite et la quasi-condition a d'autant plus d'intérêt, qu'avant l'événement de la condition, ainsi que nous le verrons bientôt (1), la chose qui fait l'objet du contrat est aux risques du débiteur, du moins en matière de condition suspensive, et ne passe aux risques du créancier qu'après cet événement ; tandis que, s'il s'agit d'une quasi-condition, c'est-à-dire d'un événement déjà arrivé, mais inconnu, l'ignorance des contractants n'empêcherait pas la chose d'être aux risques du créancier à partir du jour du contrat.

1749. La condition, ayant pour effet de suspendre l'obligation ou de la résoudre, est suspensive ou résolutoire ; toutefois, on peut dire que toute condition a ce double caractère puisque l'événement de celle qui suspend le droit du créancier doit résoudre l'obligation du débiteur (2). Nous verrons bientôt les règles spéciales à l'une et à l'autre de ces conditions. Entrons d'abord dans quelques détails sur les diverses espèces de conditions, abstraction faite de leur caractère particulier, suspensif ou résolutoire, et sur les règles qui leur sont communes.

§ 1. — *De la condition en général et de ses diverses espèces.*

SOMMAIRE. — 1750. Condition casuelle. — 1751. Condition potestative. — 1752. Condition mixte. — 1753. Des obligations sous une condition purement potestative. — 1754. Des obligations sous une condition qui n'est pas purement potestative. — 1755. La condition d'essai ou de dégustation est-elle une condition potestative ? — 1756. De l'essai en matière de louage. Engagement théâtral. — 1757. C'est aux juges qu'il appartient de décider si une condition est ou n'est pas purement potestative. — 1758. De la condition contraire aux bonnes mœurs. — 1759. De la condition impossible. — 1760. La condition doit-elle être accomplie *in formâ specificâ*, ou peut-elle l'être *per æquipollens ?* — 1761. Conditions positives ou négatives ; quand sont elles réputées accomplies. *Quid*, si un délai a été déterminé pour l'accomplissement de la condition ? — 1762. Du cas où aucun délai n'a été déterminé... en matière de condition casuelle. Distinction. Faculté que peuvent avoir les juges de fixer un délai. — 1763. *Quid*, si la condition arrive après l'expiration de ce délai ? 1764... Conditions potestatives stipulées sans détermination de délai. —

(1) Voy. *inf.*, n. 1783.

(2) M. Duvergier, *De la vente*, t. II, n. 31 ; Toullier, t. VI, n. 548 ; Marcadé, sur l'art. 1163. Voy. *inf.*, § 3.

1765. *Quid*, si la chose qui fait l'objet de l'obligation est un corps certain... ou un corps incertain? — 1766. Du délai dans les ventes à l'essai. — 1767. Du cas où le débiteur empêche l'accomplissement de la condition. — 1768. De l'empêchement par force majeure. — 1769. De l'effet rétroactif de la condition suspensive... dans les obligations de faire. — 1770... Dans les obligations de donner. — 1771. De l'effet rétroactif en cas de faillite du débiteur avant l'accomplissement de la condition. — 1772. De l'effet rétroactif des conditions à l'égard des tiers. Condition casuelle. — 1773... Condition potestative pure. — 1774... Condition potestative non pure. — 1775. *Quid*, en matière commerciale? — 1776. Effet rétroactif de la condition résolutoire. — 1777... Dans les obligations qui ont pour objet des faits successifs. Exemples. — 1778. Décès des parties avant l'accomplissement de la condition. — 1779. Irrévocabilité de la condition accomplie. — 1780. Le créancier peut faire des actes conservatoires avant l'accomplissement de la condition.

1750. La condition est *casuelle, potestative* ou *mixte*.

La condition casuelle est celle qui dépend du hasard ou de la volonté d'un tiers, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur (1).

1751. La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention, d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher (2).

1752. La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers, ou du hasard (3).

1753. Aux termes de l'article 1174 du Code civil, toute obligation est nulle, si elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. C'est là une disposition beaucoup trop générale; elle n'est vraie que de la condition purement potestative : et, sous ce rapport, on peut même dire qu'elle est inutile; car il est bien manifeste qu'on n'est pas obligé, quand on ne l'est qu'autant qu'on veut l'être, et que la faculté de ne pas vouloir fait disparaître le lien de droit, sans lequel il n'y a pas d'obligation : *Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit* (4).

(1) C. civ., art. 1169.
(2) *Ibid.*, 1170.
(3) *Ibid.*, 1171.
(4) L. 108, § 1, ff. *De verb. oblig.*

C'est en ce sens qu'il a été très-bien jugé que la promesse de vendre à une personne désignée, *si l'on se décide à aliéner*, ne constitue pas une promesse de vente valant vente, une pareille convention étant nulle, comme renfermant une condition potestative (1). Le propriétaire peut donc vendre la chose à un autre sans que celui à qui la promesse a été faite, ait le droit de s'en plaindre.

1754. Mais il en est autrement, quand la condition potestative se trouve modifiée par une circonstance qui, en lui enlevant ce qu'elle peut avoir de purement volontaire, la rend susceptible de donner naissance à une obligation. Si, comme le fait très-bien remarquer M. Toullier (2), la condition fait dépendre l'obligation, non pas uniquement de la volonté du débiteur, mais d'un fait qu'il est en son pouvoir d'exécuter; par exemple, si je vous vends tous mes sucres, à la condition que j'irai à Paris, la convention est valable, parce qu'il y a un lien de droit, et que je me trouve placé entre l'obligation de ne point aller à Paris, ou de vous vendre mes sucres.

Ainsi, la promesse de vente faite sous la condition qu'elle n'aura d'effet qu'autant que le promettant ne vendra pas dans un délai déterminé les mêmes objets avec d'autres dont ils sont une dépendance, ne peut être réputée faite sous une condition potestative de la part du vendeur. La faculté de disposer des objets vendus ne constitue qu'une condition mixte, puisque, pour l'exercer, il faut que le vendeur trouve un acquéreur dans un délai déterminé, tout à la fois pour les objets compris dans la promesse de vente, et encore pour d'autres objets, et que ces circonstances soient indépendantes de sa volonté (3).

Ainsi encore la convention par laquelle un individu s'oblige à livrer pour un prix déterminé une certaine quantité de marchandises, avec faculté néanmoins, pour l'acheteur, de

(1) Cass., 9 juillet 1834, S., 34, 1, 741; D., 34, 1, 300. — M. Demolombe, t. II, n. 313.

(2) T. VI, n. 496. — Voy. aussi Marcadé, sur l'art. 1174; M. Demolombe, n. 314 et suiv., et M. Larombière sur l'art. 1174.

(3) Cass., 17 déc. 1828, S., 9, 1, 201; D., 29, 1, 67.

refuser la marchandise pour tout ou partie, en payant au vendeur, à titre d'indemnité, une somme convenue pour chaque quantité de marchandise refusée, ne peut être considérée comme renfermant une condition potestative, en faveur de l'acheteur. Cette convention constitue, de la part de l'acheteur, une obligation conditionnelle et alternative, essentiellement licite, à l'exécution de laquelle le vendeur ne peut se refuser (1).

Enfin la convention par laquelle une chose est déclarée vendue, si, à telle époque, le vendeur n'a pas payé la somme qu'il reconnaît devoir, est valable, et ne peut être assimilée à une obligation contractée sous une condition potestative pure et simple de la part de celui qui s'oblige (2) ; de même qu'une vente peut être parfaite, encore qu'elle soit faite sous condition d'être non avenue, si le prix n'est pas payé dans un délai déterminé (3).

Dans ces divers cas, le payement qui constitue la condition ne dépend pas complétement de la volonté du débiteur, parce que, pour payer, il ne suffit pas de le vouloir, il faut de plus le pouvoir. C'est donc une grave erreur de la part d'Ansaldus, d'avoir considéré comme une condition purement potestative, celle qui dépend d'une chose que le débiteur doit donner ou faire, par exemple, d'un payement qu'il doit opérer, *à solutione faciendâ per debitorem*, bien que sa volonté à cet égard puisse être dominée par les circonstances : *Quod conditio quæ consistit sive in dando, sive in faciendo, quamtumvis ob infortunium impediri queat datio vel factum, sit semper potestativa* (4). C'est une condition mixte. Ansaldus objecte que dans ce système, il n'y aurait plus de condition potestative, parce qu'il peut toujours arriver quelque circonstance qui influe sur la volonté : *Si pro excludendâ potestate vel transeundâ conditione potestativâ in mixtam sat esset ponderatio possibilis infortunii, actum foret de omni conditione potestativâ, nulla etenim conditio*

(1) Amiens, 25 avril 1826, S., 8, 2, 225; D., 29, 2, 218.
(2) Montpellier, 13 fév. 1828, S., 9, 2, 31 ; D., 28, 2, 232.
(3) Cass., 14 nov. 1809, S., 3, 1, 122 ; D., 7, 236.
(4) *Disc.* 69, n. 28 et suiv.

potestativa est quæ non possit esse non potestativa. Mais on peut répondre que, si toute condition dans l'accomplissement de laquelle la volonté du débiteur entre pour quelque chose, devait être considérée comme une condition potestative pure, jamais une condition potestative ne pourrait devenir une condition mixte, ni produire aucun effet. Or, il est manifeste, et cela résulte de tous les principes consacrés par le Code, que dès qu'il y a quelque chose d'incertain et de livré au chances de l'avenir, la condition est valable. Tant qu'il n'y que l'incertitude de la volonté, comme lorsque je dis : je vou vendrai, *si je veux*, *si je me décide à vendre*, il n'y a pas d'obligation; mais dans tous les autre cas, où la condition dépend d'un fait que le débiteur peut accomplir ou ne pa accomplir, la condition n'est pas purement potestative parce qu'à l'incertitude de la volonté se joint l'incertitude d l'avenir et de la possibilité.

1755. Il y a même une condition fréquemment et valable-ment stipulée dans le contrat de vente, qui, en matière civil surtout, a le plus ordinairement le caractère d'une conditio potestative. C'est la condition d'essai ou de dégustation : l vente dépend alors de la volonté de l'acheteur, qui peut agrée ou refuser la chose vendue, suivant qu'elle lui convient o qu'elle ne lui convient pas après qu'il l'a essayée ou goûtée. L condition est alors purement potestative de sa part, puisqu'i est maître d'agréer ou de refuser. Mais il n'est pas maître de n pas procéder à l'essai ou à la dégustation; et, sous ce rapport il est lié par la convention.

Dans les ventes commerciales, au contraire, l'essai et la dégustation ne constituent pas une condition potestative a même degré que dans les ventes civiles. Ce n'est pas le goû personnel et arbitraire de l'acheteur, qui, dans la plupart de cas, détermine alors la perfection de la vente; c'est le goû général, ou loyal et marchand, dont l'acheteur n'est pa juge absolu, et qui, en cas de contestation, doit être apprécié par experts (1).

(1) Pardessus, n. 293.

1756. La condition potestative d'essai se rencontre aussi en matière de louage d'ouvrage ou d'industrie, dans la clause fréquemment insérée dans les engagements des artistes dramatiques, par laquelle le directeur de théâtre qui les engage se réserve la faculté de rompre l'engagement à sa volonté, pendant un certain temps, et lors même que les débuts de l'artiste auraient été satisfaisants (1).

1757. Du reste on comprend parfaitement qu'en toute matière, et dans tous les contrats, le point de savoir si une condition est purement potestative ou mixte, c'est-à-dire si elle dépend uniquement de la volonté du débiteur, ou si elle est subordonnée à la fois à la volonté du débiteur et à l'incertitude de l'avenir, peut être une question d'interprétation aussi bien qu'une question de droit, et que les circonstances doivent exercer une influence décisive sur sa solution.

1758. Toute condition d'une chose contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend (2).

1759. Il en est de même de la condition de faire une chose impossible (3); quant à la condition de ne pas faire une chose impossible, elle ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition ; elle est seulement réputée non écrite (4).

1760. Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. Cette règle, posée par l'article 1175 et puisée dans Pothier, résout la question que se posaient les docteurs, de savoir si les conditions doivent s'accomplir littéralement, *in formâ specificâ*, ou si elles peuvent l'être par des équivalents, *per æquipollens*. Il faut dire à cet égard avec Pothier, dont l'admirable bon sens a si puissamment coopéré à délivrer la science du droit du cortége des subtilités qui trop souvent a ralenti sa marche et ses progrès, qu'ordinairement elles doi-

(1) Lyon, 6 fév. 1857, S., 57, 2, 560; et Douai, 18 nov. 1857, *ibid.*, 58, 2, 588.
(2) C. civ., art. 1172.
(3) *Ibid.*
(4) *Ibid.*, 1173.

vent s'accomplir *in formâ specificâ;* qu'elles peuvent néanmoins s'accomplir *per æquipollens*, lorsqu'il paraît que telle a été vraisemblablement l'intention des parties; et que cette intention se présume lorsque celui en faveur de qui est la condition n'a pas d'intérêt à ce qu'elle soit accomplie d'une manière plutôt que d'une autre (1).

1761. Les conditions sont positives ou négatives, c'est-à-dire conçues en vue du cas où tel événement arrivera ou n'arrivera pas.

Lorsqu'une obligation est contractée sous une condition positive, c'est-à-dire sous la condition qu'un événement arrivera dans un délai fixé, la condition est défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé (2). Réciproquement, lorsqu'une obligation est contractée sous une condition négative, c'est-à-dire sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixé, cette condition est accomplie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé, ou lorsqu'avant le terme il est certain que l'événement n'arrivera pas (3).

Si donc je vous vends telles marchandises à la condition que tel navire arrivera ou n'arrivera pas dans le mois, la condition est défaillie dans le premier cas, et accomplie dans le second si le navire n'arrive pas dans le délai déterminé par la convention.

Quand, au contraire, il n'y a point de terme ou de délai déterminé, les articles 1176 et 1177 veulent que la condition positive puisse toujours être accomplie, et qu'elle ne soit censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas; et réciproquement, si la condition est négative, qu'elle ne soit accomplie, quand il n'y a pas de terme déterminé, que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.

(1) *Des oblig.*, n. 206. Voy. Toullier, t. VI, n. 586 et suiv.; Duranton, t. XI, n. 43 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 1175; Demolombe, t. II, n. 332; M. Larombière, sur l'art. 1175.

(2) C. civ., art. 1176.

(3) C. civ., 1177.

1762. Cette règle doit-elle être entendue dans un sens tellement absolu, que dans tous les cas où aucun délai n'a été déterminé pour l'événement d'une condition positive ou négative, cet événement, dans quelque temps qu'il se manifeste, donne effet à l'obligation? Doit-on, au contraire, admettre certains tempéraments, et peut-on, dans le silence de la convention, trouver dans les circonstances la détermination d'un délai pour l'accomplissement utile de la condition? C'est là une question qui vaut la peine d'être examinée.

Et d'abord, en ce qui regarde les conditions casuelles, la question me semble implicitement résolue par la disposition finale des deux articles 1176 et 1177, dont le premier, relatif à la condition positive, porte qu'elle est censée défaillie lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas, et dont le second, relatif à la condition négative, porte que, s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est censée accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas. Lors donc qu'à raison des circonstances ou de l'objet de la convention il y a lieu de reconnaître que les contractants n'ont pas entendu se placer indéfiniment sous le coup de l'événement de la condition, mais qu'ils en ont restreint les effets à un certain laps de temps déterminé par la force même des choses, on doit admettre que, ce temps expiré, la condition positive est censée défaillie, et que la condition négative est accomplie parce que l'événement, tel que les parties l'avaient prévu, ne peut plus se réaliser.

Un aubergiste de Bordeaux convient avec un marchand qu'il lui achètera tant de pièces de vin si telle personne vient à Bordeaux. Pour savoir si la convention doit tenir à quelque époque qu'ait lieu le voyage de la personne dont s'agit, il faut rechercher de quel voyage les parties ont entendu parler. Si, au moment de la convention, il était question d'un voyage que cette personne devait faire à Bordeaux à une époque présumée, la condition est réputée défaillie quand l'époque à laquelle ce voyage devait être fait est passée, sans que le voyage ait eu lieu. Si, au contraire, la convention est faite dans l'éventualité d'un voyage quelconque, et quelle que soit l'époque à

laquelle il aura lieu, la convention tient jusqu'à ce qu'il devienne certain que le voyage de Bordeaux ne se fera pas. Cependant, quelle que fût l'éventualité plus ou moins prochaine du voyage prévu, si la convention avait pour objet des marchandises dont la faveur n'a qu'un temps, ou bien encore si les marchandises vendues étaient un corps certain susceptible de perte ou de détérioration, on devrait présumer que l'intention des parties a été de limiter l'événement de la condition à un laps de temps tel que les choses vendues puissent être conservées sans dommages par le vendeur jusqu'à l'événement de la condition, et être utilement acquises par l'acheteur à l'époque de cet événement; en d'autres termes, la condition se rapporterait nécessairement alors à un fait qui, dans la prévision des parties, devait arriver dans un temps plus ou moins court, selon la nature et l'espèce de la marchandise vendue; et, ce temps passé, on est autorisé à dire qu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (1).

J'achète tous vos sucres si tel vaisseau qui doit m'en apporter n'arrive pas. Est-ce que, pour pouvoir exiger la livraison de vos sucres, je serai obligé d'avoir des nouvelles certaines du naufrage du navire qui devait m'en apporter? Non, sans doute, car dans ma prévision ce navire était en route ou au moins près de partir. Lors donc que depuis la convention il s'est écoulé un laps de temps suffisant pour qu'il ait pu faire la traversée, on doit tenir pour certain qu'il n'arrivera pas, et la condition est accomplie. Ce temps est fixé par l'article 375 du Code de commerce, en matière d'assurances et de délaissement, à un an pour les voyages ordinaires, et à deux ans pour les voyages de long cours : on pourrait par analogie prendre ce délai pour règle (2), mais rien ne s'opposerait à ce que les juges, en cas de contestation, en déterminassent un autre plus court ou plus long.

1763. Ce délai expiré, la condition serait censée accomplie, et la livraison des sucres pourrait être exigée. Mais qu'arrive

(1) Delvincourt, *Droit civil*, t. II, p. 481, notes.
(2) Delvincourt, *ibid.*, p. 482.

rait-il, en cas d'arrivée imprévue du navire après cette livraison ? Suivant M. Delvincourt (1), il y aurait lieu à restitution de la marchandise. Je ne partage pas cet avis. La condition étant censée accomplie, la vente devient pure et simple, elle est parfaite, et conséquemment irrévocable. S'il en était autrement, la condition ne serait pas censée accomplie : seulement, de suspensive qu'elle était, elle deviendrait résolutoire. Or, ce serait là changer les données premières de la convention et se mettre en contradiction avec l'intention des parties, qui ont voulu que l'obligation reçût tous ses effets et devînt pure et simple quand la condition serait accomplie, ou, ce qui revient au même, quand elle serait censée accomplie (2).

1764. Voyons maintenant ce qui est relatif aux conditions potestatives stipulées sans détermination de délai.

On comprend d'abord que l'incertitude qui planerait sur le sort des conventions soumises à des conditions potestatives dont le terme ne serait pas déterminé, serait une chose assurément fâcheuse, si les articles 1176 et 1177 devaient toujours être entendus dans un sens absolu, même dans le cas où il est impossible de supposer que l'intention des parties ait été de se soumettre indéfiniment aux effets éventuels d'une condition de cette nature. Aussi Pothier, dans lequel les articles 1176 et 1177 ont été textuellement copiés, après avoir dit que si la condition ne renferme aucun temps prescrit dans lequel elle doive être accomplie, elle peut l'être en quelque temps que ce soit, et qu'elle n'est pas censée défaillie jusqu'à ce qu'il soit devenu certain que la chose n'arrivera pas, avait-il eu soin d'ajouter « qu'on s'écarte de cette règle lorsque la condition consiste dans quelque chose que doit faire celui envers qui je me suis obligé sous cette condition, et que j'ai intérêt qui soit faite : comme si j'avais promis à mon voisin de lui donner une somme s'il abattait un arbre qui me nuit. — Car, en ce cas, dit-il, je puis assigner celui envers qui je me suis obligé, pour qu'il lui soit préfixé un certain temps dans lequel il accomplira la condition, et qu'à faute par lui de le

(1) Delvincourt, *Droit civil*, t. II, p. 482.
(2) Voy. *inf.*, n. 1779.

faire, je serai purement et simplement déchargé de l'obligation (1). » Pothier fait une observation semblable sur les conditions négatives consistant en quelque chose qui doit être fait par le débiteur, comme dans le cas où quelqu'un s'engage à me donner une certaine somme s'il ne fait pas abattre sur son héritage un arbre qui nuit au mien; et il décide que, dans ce cas encore, le juge peut impartir au débiteur un délai pour faire abattre l'arbre, passé lequel la condition sera accomplie et la somme due si l'arbre n'est pas abattu. Et il ajoute que cette décision, sur laquelle certains doutes pouvaient s'élever en droit romain, lui paraît conforme à l'esprit et à la simplicité de notre droit français.

Cependant les rédacteurs du Code n'ayant pas reproduit le sens de cette observation de l'auteur dans lequel ils copiaient presque textuellement les articles 1176 et 1177, M. Toullier en a conclu qu'ils avaient rejeté les exceptions proposées par Pothier au principe général posé par ces articles, exceptions qui lui semblent d'ailleurs contraires aux principes du droit romain, à la convention et à la volonté du débiteur conditionnel. En conséquence, suivant M. Toullier, la condition potestative ajoutée aux contrats, lorsqu'il n'y a point de délai pour l'accomplissement, soit que cette condition consiste *in faciendo* ou *in non faciendo*, suspend indéfiniment l'obligation, jusqu'à ce qu'il soit certain qu'elle ne pourra exister; et il ajoute qu'on ne peut faire fixer un délai fatal pour son accomplissement, quelque intérêt que puisse avoir le créancier conditionnel à faire expliquer le débiteur, et quelque facile qu'il soit à celui d'accomplir la condition (2). Et plus récemment l'opinion de M. Toullier a été suivie avec de nouveaux développements par M. Larombière (3).

Mais c'est là une proposition dont la généralité me paraît inadmissible en droit civil, et, à plus forte raison, en droit commercial. Il est inutile pour la combattre de recourir au droit romain, dont les textes ont été différemment entendus

(1) *Des oblig.*, n. 209 et 210.
(2) T. VI, n. 620 et suiv.
(3) T. III, sur les art. 1176 et 1177.

par Pothier et par M. Toullier. Il suffit de recourir aux articles 1175, 1176 et 1177, dont les termes attentivement examinés sont loin de favoriser les conséquences extrêmes et absolues auxquelles est arrivé le savant professeur de Rennes.

Aux termes de l'article 1175, toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. C'est là une application aux conditions de cette règle générale, que dans les conventions on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes (1). Il suit de là que, si dans une obligation contractée sous une condition positive ou négative, un délai n'a pas été expressément déterminé pour l'événement de la condition, on n'en doit pas moins présumer que ce délai est entré dans la prévision des parties, soit comme dans les exemples cités par Pothier, lorsque l'un des contractants a un intérêt né et actuel à l'événement ou au non-événement de la condition, pour se décharger de l'obligation ou pour en obtenir l'exécution, soit lorsque l'obligation a pour objet une chose dont l'intérêt n'a qu'un temps essentiellement limité.

Je m'engage envers vous à aller à Marseille suivre les affaires que vous y avez, si vous changez de place une machine à vapeur qui est dans votre maison, voisine de la mienne, et dont le bruit m'incommode. Il est évident que vous ne pouvez être toujours, et tant que vous vivrez, recevable, en accomplissant la condition et en supprimant votre machine, à me contraindre de faire le voyage de Marseille, parce qu'il est manifeste qu'en m'engageant envers vous, je n'ai entendu m'engager qu'actuellement, ou pour un temps naturellement limité. Je ne puis savoir en effet s'il me sera toujours possible de faire le voyage de Marseille, ou, en supposant que je le puisse, s'il me conviendra d'y suivre les affaires que vous y aurez lors de l'accomplissement de la condition, et qui ne seront plus les mêmes que celles que vous y aviez au moment de la convention. Je puis donc, soit vous mettre en demeure d'accomplir

(1) C. civ., art. 1156.

la condition dans un délai raisonnable, soit, en cas de contestation, demander aux juges la fixation d'un délai, passé lequel, si vous n'accomplissez pas la condition, je serai déchargé de l'obligation que j'ai contractée.

J'achète tous vos sucres si vous allez à Paris, ou si vous n'allez pas à Paris. Il est évident, dans ce cas encore, que je ne puis toujours rester dans l'incertitude sur le point de savoir si vous irez ou si vous n'irez pas à Paris. Si j'achète vos sucres, même conditionnellement, c'est que j'en ai besoin actuellement ou dans un temps prochain. Je puis donc encore dans ce cas vous contraindre à vous expliquer, et à accomplir la condition dans un certain délai, soit en partant, soit en ne partant pas, parce que le délai, quoique non exprimé, était nécessairement dans l'intention des parties (1).

1765. Et il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard, bien qu'on ait prétendu le contraire, entre le cas où la convention a pour objet un corps certain, par exemple, les sucres qui sont dans tel magasin, et celui où elle a pour objet un corps incertain, comme tant de kilogrammes de sucre. Sans doute, le corps certain peut périr et se détériorer dans l'attente indéfinie de l'événement de la condition, tandis que le corps incertain, vendu *in genere*, n'est susceptible ni de se détériorer, ni de périr ; mais il ne faut pas en conclure que le juge ne puisse être appelé à déterminer un délai que dans le premier cas, tandis que dans le second cas, en quelque temps que l'événement arrive ou qu'il devienne certain qu'il n'arrivera pas, le contrat doive être exécuté (2). Cette distinction ne serait fondée que si la possibilité de perte ou de détérioration de la chose vendue était la seule cause susceptible de rendre nécessaire la détermination d'un délai pour l'accomplissement de la condition : ce qui n'est pas. Je conçois fort bien que dans tous les cas où on ne peut alléguer une autre cause, celle-ci fasse défaut quand la chose vendue n'est pas un corps certain ; mais quand une autre cause

(1) V. M. Duvergier, sur Toullier, t. III, n. 624, note 1 ; et M. Demolombe, t. II, n. 347 et suiv.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 85.

rend nécessaire la détermination d'un délai, il importe peu que la chose vendue ne soit pas susceptible, par un motif quelconque, de se perdre ou de se détériorer.

1766. La nécessité de faire fixer un délai par le juge se présente, surtout en matière de vente à l'essai, quand le délai d'essai n'est pas fixé par la convention ou par l'usage. Alors, si l'acheteur n'a pas essayé la chose dans le délai qui est imparti par la convention, par l'usage ou par le juge, la condition est défaillie, et il ne peut plus exiger la livraison de la chose. Mais si elle lui a déjà été livrée, il peut, selon les cas, être condamné à la garder pour son compte, parce que, en ne l'essayant pas, il peut être présumé l'avoir agréée (1).

1767. De quelque nature que soit la condition, potestative ou casuelle, positive ou négative, suspensive ou résolutoire, elle est toujours réputée accomplie, lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement (2), à moins toutefois que le fait par lequel le débiteur a mis obstacle à l'accomplissement de la condition n'ait été la suite de l'exercice de son droit. Si donc j'ai contre vous une créance pure et simple, tandis que vous avez contre moi une créance conditionnelle dépendant d'un fait que vous devez accomplir, et si en exerçant contre vous la contrainte par corps pour la somme que vous me devez, ou en vous faisant déclarer en faillite, je vous mets dans l'impossibilité d'accomplir la condition d'où dépend votre créance, j'use du droit qui m'appartient incontestablement d'assurer le recouvrement de la mienne, droit auquel je n'ai pas renoncé en m'engageant conditionnellement envers vous, et dont l'exercice ne peut, quelles que soient ses conséquences, faire considérer comme accomplie la condition qu'il vous a empêché d'exécuter (3).

1768. Du reste, l'empêchement qui vient du débiteur est le seul dont puisse se prévaloir le créancier. On doit donc considérer comme défaillie la condition qui n'aurait pas été

(1) M. Troplong, n. 109; M. Pardessus, n. 294; M. Alauzet, t. II, n. 577.
(2) C. civ., art. 1178.
(3) Pothier, n. 212; Toullier, t. VI, n. 609, note 1; Duranton, n. 61.

accomplie par suite d'un cas fortuit ou d'un événement de force majeure (1).

1769. Dans les obligations de faire, la condition accomplie, suspensive ou résolutoire, n'a pas d'effet rétroactif. S'il s'agit d'une condition suspensive, il est évident qu'on n'est obligé à faire que lorsqu'elle est accomplie, et qu'elle ne peut avoir pour effet qu'on ait été obligé de faire plus tôt; s'il s'agit d'une condition résolutoire, et qu'avant son accomplissement on ait fait ce à quoi elle obligeait, il est également manifeste que cet accomplissement n'empêche pas qu'on ait fait.

1770. Mais dans les obligations de donner, il en est autrement. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté (2), parce que la chose qui fait l'objet de l'obligation de donner est nécessairement le sujet de droits réciproques dans le temps intermédiaire au contrat et à l'accomplissement de la condition, et que le droit du créancier, procédant non de la condition, mais du contrat, doit naturellement remonter au jour du contrat, et ne peut prendre son point de départ dans la condition.

Si donc la condition suspensive s'accomplit, l'obligation qui devient parfaite, remonte pour ses effets au jour de l'engagement, tandis que si la condition défaillit, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. Quant à la condition résolutoire, son accomplissement fait au contraire évanouir l'obligation pour le passé comme pour l'avenir, tandis que son inaccomplissement consolide l'obligation qui devient pure et simple, comme si jamais aucune condition n'avait été stipulée (3).

1771. Il suit de là que si une condition suspensive vient à s'accomplir, ou une condition résolutoire à défaillir après la faillite du débiteur, l'obligation doit obtenir tous ses effets, parce que l'événement ou le non-événement de la condition remontant au jour de l'engagement, l'obligation ne prend pas

(1) Pothier, n. 213; Toullier, t. VI, n. 610 et suiv.; Duranton, n. 62 et suiv.

(2) C. civ., art. 1179. Casaregis, *Disc.* 121, n. 20.

(3) Sur les effets rétroactifs de la condition suspensive ou résolutoire relativement aux risques de la chose, voy. *inf.*, § 3.

a point de départ au jour de l'accomplissement ou du non-complissement de la condition.

Si donc le vendeur conditionnel vient à tomber en faillite, que la condition s'accomplisse ensuite, la vente étant répu- pure et simple dès l'origine, les syndics qui le représen-it sont obligés de délivrer la chose vendue (1).

De même, en cas de faillite de l'acheteur, l'événement de condition, postérieur à la faillite, rend la vente parfaite. ais comme alors la faillite prive le vendeur non payé des sû-;és auxquelles il avait droit de prétendre, il peut retenir les ırchandises qu'il n'aurait pas déjà délivrées, sauf le droit ii appartient aux syndics, d'en exiger la livraison en payant prix convenu (2).

1772. Mais l'effet rétroactif des conditions a-t-il lieu aussi en à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties elles-mêmes ? A-t-il lieu, par exemple, dans le contrat de vente, lorsque, *ndente conditione*, le vendeur qui n'a pas livré la chose à l'a-ıeteur conditionnel, l'a vendue à un tiers. Il faut distinguer la marchandise a été livrée au tiers acheteur, ou si, au jour : l'événement de la condition, elle se trouve encore dans la ›ssession du vendeur. Si le vendeur a livré au tiers acheteur : bonne foi les objets qu'il lui a vendus pendant que la vente ıtérieure qu'il en avait consentie était encore suspendue par condition, le premier acheteur n'a aucune action contre le ers possesseur qui est protégé par son titre, sa possession, ı bonne foi, et par l'article 1141 du Code civil : il n'a plus u'une action en dommages-intérêts contre le vendeur.

Si au contraire la marchandise n'a pas été livrée au tiers :heteur et se trouve encore en la possession du vendeur, le 'emier acheteur peut la revendiquer nonobstant la vente ıstérieure à laquelle l'événement de la condition enlève ute sa force, et qui s'évanouit.

1773. On n'a jamais élevé aucun doute à cet égard, relative-:nt aux conditions casuelles; mais il n'en est pas de même ativement aux conditions potestatives, c'est-à-dire qui con-

1) M. Troplong, t. 1, n. 55.

2) C. com., 577, 578. — Voy. *inf.*, § 3.

sistent en un événement dépendant de la volonté de l'une des parties.

Suivant M. Toullier (1), il faut distinguer si l'événement est au pouvoir du créancier ou du débiteur; s'il est au pouvoir du créancier, l'accomplissement a un effet rétroactif, comme si l'événement avait dépendu du hasard, parce qu'il n'est pas plus au pouvoir du débiteur ou du vendeur, dans un cas que dans l'autre, de rompre ses obligations en faisant échouer l'accomplissement de la condition.

Si au contraire l'événement de la condition est au pouvoir du débiteur conditionnel, son accomplissement, suivant le même auteur, n'a point d'effet rétroactif contre les tiers avec lesquels le débiteur a contracté postérieurement, et auxquels il a vendu la chose qu'il avait déjà conditionnellement aliénée, parce qu'en la leur vendant, il s'interdit le droit de la transférer à qui que ce soit, et par quelques moyens que ce soit, et conséquemment d'accomplir la condition de laquelle dépendait l'effet de la première vente ; de telle sorte que, dans ce cas, le premier acquéreur n'aurait plus qu'une action en dommages-intérêts contre le vendeur.

Cette distinction ne me paraît pas admissible.

Il faut d'abord remarquer qu'en parlant d'une condition potestative, j'entends parler, non d'une condition potestative pure, et dont l'effet est d'annuler l'obligation, par cela seul qu'elle est abandonnée à la volonté du débiteur (2) ; mais d'une condition potestative tellement conçue qu'il y ait entre les parties lien de droit et obligation au cas où la condition viendrait à se réaliser. Si, en effet, on suppose une condition potestative pure, il n'y a pas de question : comment, en effet, la condition accomplie pourrait-elle rétroagir au jour d'un engagement nul ? Où il n'y a pas d'obligation il n'y a pas de condition. Celui qui a vendu une chose sous une condition purement potestative ne l'a pas vendue du tout; il peut donc encore la vendre à qui bon lui semble, et si plus tard la condition po-

(1) T. VI, n. 546. — V. aussi MM. Aubry et Rau, t. III, p. 52.
(2) C. civ., 1174. Voy. *sup.*, n. 1753.

;tative vient à se réaliser, elle reste complétement inefficace, faute d'obligation antérieure, son accomplissement n'agit contre le vendeur, ni contre les tiers (1).

1774. Aussi n'est-ce pas d'une condition de cette espèce e M. Toullier a entendu parler, mais d'une condition et ıne obligation également valables, puisqu'il suppose une nte faite sous la condition que le vendeur ira à Paris dans an. Or, comme j'ai déjà expliqué, cette vente est valable rce que le vendeur étant obligé de livrer s'il va à Paris, ou ne pas aller à Paris, s'il ne veut pas livrer, il y a entre les rties un lien de droit et une obligation que l'une des parties peut résoudre sans la volonté de l'autre. Sans doute le vendur ou débiteur est libre d'aller à Paris; mais, dans ce cas, 'aut qu'il livre. Il y a là une faculté; mais cette faculté étant rrélative à un devoir, la condition n'est pas purement po;tative, d'où la conséquence forcée que, lorsqu'elle se réalise, e a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été ntracté, puisque, s'il en était autrement, il n'y aurait pas gagement. Si donc dans l'intervalle le vendeur a aliéné la ose à un tiers, l'acheteur conditionnel n'en est pas moins ıdé à la revendiquer entre les mains du vendeur (2).

1775. La règle est la même en droit civil et en droit com;rcial. Dans leur *Traité du contrat de commission* (3), MM. Denarre et Lepoitvin, fidèles à leur système d'introduire toujrs des différences arbitraires entre le droit civil et le droit mmercial, supposent qu'en matière commerciale, à la dif'ence de ce qui aurait lieu en matière civile, le créancier ın intérêt particulier à l'accomplissement ou au non-acmplissement de la condition, ce qui établirait un nouveau n entre les parties. Mais il est manifeste que si en général condition est censée, en toute matière, stipulée en faveur du

1) Voy. cependant *sup.*, n. 1755, pour ce qui concerne la vente à sai.

2) M. Demolombe, t. II, n. 387. — C'est par erreur que M. Demolombe, l., n. 386, m'attribue une opinion contraire que j'aurais émise dans les otations sur Zachariæ. La note appartient à Zachariæ lui-même, et je reproduite sans y ajouter aucune approbation.

3) T. III, p. 133 et suiv.

débiteur, elle peut aussi être stipulée en faveur du créancier, parce que, en toute matière, il peut se rencontrer des circonstances qui donnent au créancier un intérêt particulier à son accomplissement. Ces circonstances, qui peuvent se pré- senter dans les transactions de la vie civile aussi bien que dans les actes de la vie commerciale, ne modifient pas les principes généraux du droit, qui, puisés dans l'essence même des choses, ne sont pas susceptibles de changement suivant le sujet auquel on les applique.

1776. Tout ce qui vient d'être dit sur l'effet rétroactif de la condition suspensive, s'applique également à la condition réso lutoire. Si elle est casuelle, elle rétroagit sans difficulté contr les tiers. Il en est de même si elle est potestative de la part d vendeur qui se trouve alors être le créancier. Il en est de mêm encore si elle est potestative de la part de l'acquéreur qui, oblig de restituer en cas d'événement de la condition, est ici le dé biteur. La revente qu'il aurait consentie avant l'événement d la condition, s'évanouirait si plus tard la condition venait s'accomplir, et, nonobstant cette revente, il serait oblig de restituer la chose, pourvu qu'elle fût encore en sa posse sion (1).

1777. Nous reviendrons sur ces questions en traitant pl particulièrement de la condition résolutoire (2). Toutefoi nous ferons remarquer ici que l'effet rétroactif de la conditio résolutoire n'a pas lieu dans les obligations qui ont pour obj plusieurs faits successifs. Les faits définitivement accompl ne reçoivent aucune atteinte de l'événement de la condition ré solutoire qui ne résout le contrat que pour l'avenir. C'est ain qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 27 mai 1839 (3) que, lorsque le traité intervenu entre le propriétaire d'un bre vet d'invention et un tiers auquel il permet, moyennant un redevance annuelle, l'usage des procédés qui font l'objet d brevet, se trouve résolu par le fait de la déchéance du breve ultérieurement prononcée, ce tiers n'est pas fondé à récla

(1) Voy. *sup.*, n. 1772.
(2) Voy. *inf.*, § 3.
(3) S., 39, 1, 677.

mer du propriétaire du brevet annulé, les sommes annuellement payées avant la déchéance, s'il a retiré jusque-là, de l'usage du brevet, les avantages qu'il s'en promettait. Dans ce cas, en effet, les redevances annuelles ont payé les jouissances annuelles; tout est consommé pour le passé; et la résolution, résultant de ce que le propriétaire du brevet ne peut plus continuer la jouissance du cessionnaire, n'opère évidemment que pour l'avenir.

Il est de même en matière d'assurance, soit que la prime ait été payée à des termes périodiques, soit qu'elle ait consisté en une somme unique payable à la fin ou au commencement de la l'assurance.

Si la prime consiste en une redevance périodique, l'assuré qui, jusqu'à la résolution, a profité ou pu profiter de l'assurance, doit tous les termes échus au moment de la résolution, s'il ne les a pas payés, et ne peut les répéter s'il les a payés.

Si la prime est unique, il suffit, attendu son indivisibilité, que l'assureur ait commencé à courir les risques pour avoir droit à l'intégralité de la prime qui en est le prix (1); d'où il suit que, dans l'un et l'autre cas, la résolution n'a d'effet que pour le passé et nullement pour l'avenir.

Mais il en serait autrement si la résolution avait pour cause l'inaccomplissement de l'obligation de l'assureur qui ne payerait pas l'indemnité par lui due en cas de sinistre (2); dans cette hypothèse, il devrait restituer toutes les primes qu'il aurait reçues, et n'aurait aucun droit à celles qui lui seraient dues. Dès qu'il ne fournirait pas la chose, il ne pourrait avoir droit à aucune partie du prix.

1778. Lorsque, dans les contrats, la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté, la mort des parties, avant l'accomplissement de la condition, fait passer leur droits ou leurs obligations à leurs héritiers (3). Il n'en serait autrement que si la condition devait être ac-

(1) Pothier, *Du contrat d'assur.*, n. 184; M. Quesnaut, *Assur., terr.*, n. 378; M. Persil, n. 223.

(2) Voy. *inf.*, § 3.

(3) C. civ., art. 1179.

complie par les parties elles-mêmes, parce qu'alors leur décès la ferait défaillir.

1779. La condition une fois accomplie, son effet est irrévocablement produit, quand même les suites de son accomplissement viendraient à cesser. De même la condition, une fois défaillie, anéantit pour toujours l'obligation, sans que les événements postérieurs puissent la faire revivre. *Conditio semel impleta non resumitur ; conditio quæ defuit non restauratur* (1). C'est ce qu'exprime très-bien Scaccia en disant : *Conditionem extitisse sufficit, licet non duret* (2).

1780. Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit (3). Il suit de là que si le débiteur venait à tomber en faillite avant l'accomplissement de la condition, le créancier pourrait contraindre la masse à lui fournir caution pour l'exécution de la convention, le cas échéant, puisque, sans cette caution, ses droits seraient compromis par la distribution de l'actif qui lui sert de gage.

Telles sont les règles générales qui régissent les conditions et les obligations conditionnelles. Il nous reste à examiner celles qui sont particulières à la condition suspensive et à la condition résolutoire.

§ 2. — *De la condition suspensive.*

SOMMAIRE. — 1781. Définition de la condition suspensive. — 1782. Ses effets généraux. — 1783. Des risques de la chose qui fait l'objet de l'obligation contractée sous une condition suspensive. — 1784. De la perte entière ou partielle si la condition ne se réalise pas. — 1785. De la perte entière si la condition se réalise. — 1786. De la perte partielle ou détérioration survenue par la faute du créancier. — 1787. De la détérioration survenue par cas fortuit. — 1788. *Quid*, en matière commerciale? — 1789... En matière de vente à l'essai. La vente à l'essai est présumée faite sous condition suspensive. — 1790. Du risque avant l'essai. — 1791... Si l'essai n'a pas lieu. — 1792. Des cas fortuits ou de force majeure survenus pendant le temps d'essai. — 1793. Des stipulations particulières sur les risques. — 1794. Des fruits échus ou perçus pendant la condition.

(1) Furgole, *Des testaments*, ch. VII, sect. IV, n. 160; Cujas, *Observ.*, lib. XIII, cap. XL; L. 41, ff. *De fideicommiss. libert.*

(2) *De com. et camb.*, § 1, quæst. 1, n. 143.

(3) C. civ., art. 1180.

1781. Comme nous l'avons déjà vu, la condition suspensive est celle qui suspend l'effet de l'obligation, de telle sorte que, tant qu'il est incertain si la condition sera ou non accomplie, l'obligation reste sans force juridique.

1782. Il suit de là, d'une part, que tant que la condition est en suspens, le créancier est sans droit pour exiger le payement de la chose due, et, d'autre part, que si le débiteur a payé par erreur, il est fondé à exercer contre le créancier une action en répétition (1).

Si la condition vient à défaillir, l'obligation n'a jamais existé; si elle s'accomplit, elle a, dans les obligations de donner, un effet rétroactif au jour de l'engagement ainsi que nous l'avons déjà expliqué (2).

1783. Une des conséquences les plus remarquables de l'effet suspensif de la condition dans les obligations de donner un corps certain, est relative aux risques de la chose *pendente conditione*. Nous avons vu, en parlant de l'obligation de donner et des risques de la chose due, comment, lorsque la chose due est incertaine et soumise à une condition de comptage, de pesage ou de mesurage, elle reste aux risques du débiteur jusqu'à ce qu'elle soit devenue certaine par l'opération qui doit l'individualiser (3) ; nous avons également vu comment dans la vente faite sous condition de dégustation la chose reste encore aux risques du débiteur ou du vendeur, jusqu'à ce qu'elle ait été goûtée et agréée, parce que jusque-là il n'y a pas vente (4). Il nous reste maintenant à voir les effets de la condition suspensive quand la chose due est certaine, et que le contrat n'attend plus pour sa perfection que l'événement de la condition qui la tient en suspens.

Ces effets sont réglés par l'article 1182 du Code civil. Aux termes de cet article, lorsque l'obligation de donner un corps certain a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux ris-

(1) Pothier, n. 218.
(2) Voy. *sup.*, n. 1770.
(3) Voy. *sup.*, n. 1621 et suiv.
(4) Voy. *sup.*, n. 1625 et suiv.

ques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas d'événement de la condition. — Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte. — Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix, ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution de prix. — Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a encore le droit, ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, mais avec des dommages-intérêts.

Cet article 1182 soulevant des questions fort graves, j'ai cru devoir en mettre le texte sous les yeux du lecteur, afin qu'il fût plus facile d'en saisir l'économie.

On voit que dérogeant à la règle qui attribue un effet rétroactif à la condition accomplie, il met, en principe, les risques de la chose à la charge du débiteur; que, distinguant ensuite entre le cas où la chose est périe, et celui où elle est simplement détériorée, il déclare l'obligation éteinte si la chose est périe, tandis que si la chose est simplement détériorée, il laisse au créancier la faculté de résoudre l'obligation ou de prendre la chose dans l'état où elle se trouve.

1784. Que la perte entière ou partielle soit aux risques du débiteur ou du vendeur si la condition ne se réalise pas, cela est évident, puisque dans ce cas, il n'y a pas d'obligation, et que la condition défaillie laisse les choses dans le même état que si les parties n'avaient jamais contracté (1).

1785. Que même, si la condition vient à s'accomplir, la perte entière arrivée dans le temps intermédiaire reste pour le compte du vendeur, cela doit être encore, parce que, du moment que la chose a péri, il n'y a plus eu de contrat faute d'une chose qui en fit la matière, et que l'événement postérieur de la condition n'est plus qu'une circonstance indifférente qui ne peut faire renaître une obligation éteinte de part et d'autre faute d'objet. C'est la décision de la loi 8. ff. [illegible] *Stipulationes et legata conditionalia [illegible] si pendente [illegible] fuerit.*

(1) L. 8. ff. [illegible]

1786. Que, de plus, si la condition vient encore à s'accomplir, la détérioration ou perte partielle soit également pour le compte du vendeur, quand elle a eu lieu par sa faute, et que l'acheteur ait le choix entre la résolution du contrat, ou son exécution avec dommages-intérêts, cela se comprend, parce que le vendeur qui avait la garde de la chose répond de toutes les suites de sa négligence (1).

1787. Mais que lorsque la détérioration ou la perte partielle a lieu par cas fortuit, l'acheteur puisse la faire passer au compte du vendeur en optant pour la résolution du contrat, c'est ce qui ne se comprend plus. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat; l'acheteur doit donc supporter les risques à partir du jour où l'effet rétroactif l'a rendu propriétaire. Il doit recevoir la chose dans l'état où elle se trouve au moment de l'événement de la condition; et, de même qu'alors il profite des améliorations et des accroissements qu'elle a reçus, de même aussi, il doit supporter la perte partielle ou la détérioration qui en a diminué la valeur. C'est ce que décidait encore la loi romaine précitée : *Sanè si extet res, licet deterior effecta, potest dici damnum esse emptoris.*

M. Bigot de Préameneu, dans son exposé des motifs, cherche à justifier cette disposition si contraire aux anciens principes suivis jusque-là, et à la logique du droit, par des considérations qui ne me paraissent pas concluantes. D'après lui, ce doit être aux risques du débiteur encore propriétaire que la chose diminue, ou se détériore, par la même raison que c'est à ses risques qu'elle périt. « On ne peut, ajoute-t-il, argumenter contre cette décision de ce que le créancier profiterait des augmentations qui surviendraient. Le débiteur qui, même sous une condition suspensive, s'est obligé de donner une chose, est, par cela même, présumé avoir renoncé aux augmentations accessoires, pour le cas où la condition s'accomplirait. »

Quelque respect qu'on doive aux auteurs du Code, il est difficile de fermer les yeux aux inadvertances qui signalent

(1) C. civ., art. 1137.

cet exposé de motifs. Comment a-t-on pu assimiler la détérioration ou perte partielle, qui laisse subsister le contrat, à la perte totale, qui empêche qu'il y ait contrat? Que la perte totale soit pour le vendeur quand, en définitive, cette perte empêche qu'il y ait vente, rien de plus rationnel. Mais que la perte partielle, qui n'empêche pas qu'il y ait vente, soit encore pour le vendeur et non pour l'acheteur qui, par suite de l'effet rétroactif de la condition accomplie, est réputé propriétaire de la chose à partir du jour du contrat, voilà ce qui ne se conçoit plus. Dire que le débiteur est encore propriétaire de la chose, au moment où elle se détériore, c'est oublier l'effet rétroactif de la condition. Et ce qu'il y a de plus singulier, c'est que l'exposé des motifs, qui ne tient pas compte de la rétroactivité de la condition accomplie, quand il s'agit de la détérioration, s'y rattache quand il est question des améliorations qu'il trouve tout naturel d'attribuer au créancier. Mais comment se fait-il que celui qui profite des augmentations puisse s'affranchir de la détérioration? et que devient alors la maxime si juste *quem sequuntur commoda eumdem incommoda sequi debent*? Il est donc évident que cette disposition de l'article 1182, dans sa tendance vers une sorte d'équité arbitraire, arrive droit à l'iniquité et à l'injustice. Si le Code voulait substituer un nouveau système à celui des lois romaines, qui jusqu'alors avait été suivi (1), il fallait, en donnant au créancier la faculté de résoudre le contrat quand la chose s'est détériorée avant l'événement de la condition, donner en même temps au débiteur la faculté corrélative de le résoudre quand la chose a reçu des améliorations. Alors, le système aurait été complet, et la position des parties, égale. Mais tel qu'il est, l'article 1182 consacre une inégalité que tout condamne et que rien ne justifie.

Aussi tous les auteurs qui ont écrit sur le code civil sont-ils unanimes pour blâmer, en s'y soumettant, une disposition dont aucun ne peut se rendre compte (2). Comme eux, je

(1) Pothier, n. 219.

(2) Toullier, t. VI, n. 538; Duranton, t. XI, n. 80; Delvincourt, t. II, p. 484, notes; Marcadé, sur l'art. 1182; MM. Aubry et Rau, t. III, p. 51,

incline devant la volonté du législateur; mais comme eux
ısi je n'y obéis qu'en réservant les droits de ma raison.
1788. Toutefois, on peut se demander si cette disposition,
ınifestement contraire aux principes du droit et de l'équité,
it faire règle en matière commerciale comme en matière
ile, et si, dans la vente commerciale, on doit reconnaître
acheteur, au cas où la chose s'est détériorée avant l'événe-
ent de la condition, la faculté d'option que l'article 1182 ac-
rde au créancier conditionnel.
M. Pardessus décide affirmativement la question, et il va
ême jusqu'à donner une raison justificative de l'article 1182
ıi, particulière aux matières commerciales, n'aurait pas la
ême valeur en matière civile. « Comme il est de principe,
t-il, que toute marchandise doit être telle qu'on la vend
mmunément, ce que, dans le commerce, on appelle loyale
marchande, on sent que cette détérioration enlève cette
alité à ce qui fait l'objet de la vente. Le vendeur ne pou-
ıt donc livrer la chose telle qu'il l'a promise, ou qu'il est
ısé l'avoir promise, il est juste que l'acheteur soit le maître
la refuser, à moins qu'il ne croie utile à ses intérêts de se
ister du bénéfice de cette clause, sous-entendue dans tout
ıtrat de vente (1). »
M. E. Vincens se prononce aussi dans le même sens, en s'en
érant simplement à l'article 1182 (2).
Mais des auteurs plus récents, MM. Delamare et Lepoit-
ı (3), se fondant sur l'injustice et l'inconséquence de la dis-
sition de l'article 1182, qui donne à l'acheteur le droit
opter entre la résolution du contrat et son exécution, dans
cas de détérioration de la chose qui en fait l'objet, et sur ce

Larombière, sur l'art. 1182. — V. cependant M. Demolombe, t. II,
427.
1) T. II, n. 297.
2) T. II, p. 15. Une note de M. Legoux, jointe au texte de M. Vincens,
ique l'art. 1182 du Code civil, et fait remarquer avec raison que le droit
résoudre la convention accordée à l'acheteur est d'autant plus extra-
inaire, que l'acheteur, pendant la condition, n'a pu se défaire de la
se; mais l'auteur de cette note n'élève aucun doute sur l'applicabilité
l'art. 1182 aux matières commerciales.
3) *Du contrat de commission*, t. III, p. 504.

que cette disposition serait contraire à l'intérêt du commerce, décident qu'elle est sans application aux affaires commerciales.

Je voudrais pouvoir adopter cette dernière opinion, car la disposition précitée de l'article 1182 ne me paraît pas plus justifiable en matière commerciale qu'en matière civile; et je crois que M. Pardessus s'est fait illusion quand il a cru en trouver la justification dans cette considération que la chose vendue doit être loyale et marchande, et qu'autrement la vente ne tient pas. Cela est vrai dans la vente pure et simple; cela est vrai encore dans la vente conditionnelle d'un corps certain, s'il est établi qu'au moment de la convention la chose n'avait pas les qualités requises : cela est vrai surtout dans les ventes pures et simples ou conditionnelles, peu importe, d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce, *in genere*, et qui doit toujours être livrée en qualité convenable, parce que les genres ne se détériorent pas plus qu'ils ne périssent. Mais ce n'est pas là l'hypothèse sur laquelle prononce l'article 1182. Il suppose une vente conditionnelle d'un corps certain; il suppose également qu'au moment de la vente les parties sont d'accord sur la qualité, et il décide que si pendant la condition cette qualité se détériore, l'acheteur peut, en résolvant le contrat, laisser la perte au compte du vendeur : c'est là une disposition qui ne peut se justifier ni en matière civile, ni, à plus forte raison, en matière commerciale, par cette considération que la chose vendue doit toujours être loyale et marchande.

Mais l'injustice de cette disposition doit-elle rendre l'article 1182 inapplicable aux matières commerciales? Je ne saurais le penser. Je me suis déjà prononcé sur la grave question de savoir si les règles du Code civil sur les obligations conventionnelles faisaient le droit commun du monde commercial comme de la vie civile, et après un examen réitéré, je suis arrivé à cette conclusion que, dans tous les cas où la loi commerciale se tait, il faut recourir à la loi civile destinée à la compléter (1).

(1) Voy. t. I, n. 82 et suiv., et *sup.*, n. 1440.

Que ceux qui pensent que la loi civile n'a par elle-même aucune autorité en matière commerciale, et qu'elle ne doit être suivie que lorsque l'équité et l'intérêt du commerce ne s'y opposent pas, écartent l'article 1182 comme contraire à cet intérêt et à l'équité, je le comprends. Mais ce qui démontre de plus en plus combien un pareil système prête à l'arbitraire, et quelle incertitude, s'il était admis, il jeterait dans les rapports juridiques qui naîtraient des relations commerciales, c'est que l'article 1182, qui paraît inéquitable, et selon moi avec grande raison, à la plupart des auteurs qui ont eu à s'en occuper, semble fort équitable aux législateurs dont il est l'ouvrage, et que des auteurs ont trouvé pour le justifier des raisons qui leur ont paru bonnes et qui peuvent paraître telles à d'autres (1). Or, quel sera le juge suprême dans ce conflit perpétuel entre l'équité du jurisconsulte et l'équité du législateur? Que deviendra l'unité de la législation en présence de la diversité des doctrines? Si donc on ne peut douter que le commerce, comme la cité, ait besoin de lois stables et uniformes, gardons-nous de permettre au commerce de s'affranchir des lois civiles qui, en posant des principes généraux, embrassent à la fois des relations civiles et commerciales, dans tous les cas pour lesquels la loi commerciale n'y a pas dérogé d'une manière expresse ou tacite (2).

1789. Les règles qui précèdent s'appliquent spécialement à une espèce de vente, qui, aux termes de l'article 1588 du Code civil, est toujours présumée faite sous une condition suspensive. C'est la vente à l'essai. Et même alors elles se justifient jusqu'à un certain point.

Il ne faut pas croire cependant que la vente à l'essai soit toujours faite sous condition suspensive. Dans le droit romain, elle était tantôt réputée faite sous condition suspensive, tantôt sous condition résolutoire, suivant les cas (3). Pothier considérait la vente à l'essai comme toujours faite sous condition résolutoire (4). Le Code veut, au contraire, qu'elle soit tou-

(1) V. MM. Pardessus et Demolombe, *loc. cit.*
(2) M. Alauzet, t. II, n. 513, et M. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 414.
(3) M. Troplong, *De la vente*, t. I, n. 106.
(4) *De la vente*, n. 266.

jours présumée faite sous condition suspensive; mais ce n'est là qu'une présomption qui cède à la preuve contraire; de telle sorte que, dans tous les cas où les stipulations du contrat donnent à la condition un caractère résolutoire, on ne serait pas fondé à se prévaloir de l'article 1588 pour prétendre qu'elle est nécessairement suspensive. Tout dépend ici de l'interprétation de la convention (1).

Nous verrons bientôt, dans la suite de ces explications, les effets de la stipulation d'essai considérée comme condition résolutoire. Ici nous ne nous occupons que de ses effets comme condition suspensive.

1790. Quand donc la vente à l'essai est faite sous condition suspensive, c'est-à-dire quand sa perfection dépend de l'essai que s'est réservé l'acheteur, les risques sont à la charge du vendeur jusqu'à l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire jusqu'à ce que la chose vendue ait été essayée et agréée par l'acheteur. Il suit de là que si elle périt dans l'intervalle, elle périt pour le vendeur, parce que la condition ne pouvant plus se réaliser, la vente ne peut plus devenir parfaite. Si elle se détériore, la détérioration est encore pour le vendeur, à moins que l'acheteur ne consente à agréer la chose, d'une part, par application de l'article 1182 du Code civil, d'autre part, parce que la condition d'essai, dans tous les cas du moins où elle peut être considérée comme une condition potestative (2), laisse à l'acheteur la faculté d'agréer la chose ou de la refuser, et qu'il peut évidemment faire usage de cette faculté après comme avant la détérioration.

1791. Mais si la chose avait été livrée à l'acheteur pour qu'il en fît l'essai, et si cet essai n'avait pas lieu dans le temps fixé par la convention, par l'usage ou par le juge, la perte postérieure à l'échéance du délai, et la détérioration, dans quelque temps qu'elle fût arrivée, seraient pour l'acheteur qui, en ne s'expliquant pas dans le délai, serait réputé avoir agréé la marchandise (3).

(1) M. Troplong, *ibid.*, n. 107; M. Duvergier, *De la vente*, n, 99; M. Alauzet, t. II, n. 574. Voy. *inf.*, n. 1811.

(2) Voy. *sup.*, n. 1755.

(3) M. Duvergier, *De la vente*, n. 101; M. Troplong, *De la vente*, n. 10

1792. Il faut bien remarquer du reste que, pendant le temps d'essai, l'acheteur auquel la chose a été livrée pour être essayée, est responsable de tous les dommages qu'elle éprouverait par sa faute ou par sa négligence. Les cas fortuits ou de force majeure restent seuls à la charge du vendeur. Il y a plus, si l'acheteur, au lieu de se borner à essayer la chose, cherchait à en tirer quelque profit et s'en servait comme d'une chose devenue sienne, je n'hésite pas à penser qu'il répondrait même des faits de force majeure qui arriveraient pendant l'usage abusif qu'il en aurait fait, soit parce que cet usage pourrait faire présumer que la chose est agréée, soit parce qu'il constituerait l'acheteur en faute, et le rendrait par conséquent responsable de toutes les conséquences de cette faute. Je vous vends un cheval à l'essai, et je vous le livre pour que vous puissiez l'essayer; pendant qu'il se trouve en votre possession, au lieu de vous borner à l'essayer ou à le faire essayer, vous le louez à un tiers, dans l'écurie duquel se déclare un incendie qui occasionne la mort du cheval : évidemment, vous répondez de cet événement de force majeure, et le cheval périt pour votre compte (1).

1793. Au surplus, dans toute vente sous condition suspensive, à l'essai ou autrement, rien n'empêche les parties de stipuler que les risques, au lieu de rester à la charge du vendeur, passeront à la charge de l'acheteur. Mais alors, à moins que la condition ne fût expressément qualifiée suspensive, la convention, par laquelle, pendant la condition les risques seraient au compte de l'acheteur, devrait, dans la plupart des cas, faire considérer la condition comme résolutoire (2).

On devrait donc alors appliquer à la vente à l'essai de choses expédiées sur commande, ce que nous avons déjà dit de la vente sous condition de dégustation (3). Mais nous revien-

M. Pardessus, n. 294. — Voy. *inf.*, n. 1811, pour le cas où la condition est résolutoire.

(1) M. Troplong, n. 110 et 111; Alauzet, t. II, n. 577.

(2) Voy. *inf.*, n. 1811.

(3) Voy. *sup.*, n. 1625 et suiv.

drons sur ces questions en traitant de la condition résolutoire.

1794. Remarquons encore ici, pour compléter ce qui regarde les obligations de donner contractées sous condition suspensive, que les fruits de la chose, échus avant l'accomplissement de la condition, appartiennent au débiteur qui, jusqu'à cet accomplissement, a été réputé propriétaire de cette chose, et qui, seul, a eu dès lors qualité pour en percevoir les fruits ou revenus et pour les faire siens. L'effet rétroactif de la condition accomplie n'est ici d'aucune considération, parce qu'il ne peut faire que, pendant la condition, le débiteur ou vendeur n'ait pas eu le droit de posséder, de jouir, et conséquemment d'acquérir les fruits. On concevrait d'autant moins qu'il fût obligé de les restituer au créancier ou acheteur, que pendant la condition la chose périt ou se détériore pour son compte, et qu'il est de toute justice qu'il perçoive et conserve les fruits qui sont l'indemnité du risque qu'il court (1).

§ 3. — *De la condition résolutoire.*

Sommaire. — 1795. Définition de la condition résolutoire, ses effets généraux. — 1796. De la condition résolutoire proprement dite, et du pacte commissoire. — 1797. Effet rétroactif de la condition résolutoire, restitution de la chose et du prix. — 1798. Effet rétroactif à l'égard des tiers. — 1799. Restitution d'une chose fongible. — 1800. Des accroissements de la chose. — 1801. Restitution des fruits. Distinctions. — 1802. Restitution et payement des intérêts du prix. — 1803. *Quid*, en matière commerciale? — 1804. Effets de la résolution quand la chose a été payée ou livrée en vertu d'un contrat antérieur au contrat résolu. Résolution du concordat en matière de faillite. — 1805. Effets de la résolution du concordat sur l'obligation des cautions. — 1806. Des risques en matière de condition résolutoire. Perte et détérioration de la chose après l'accomplissement de la condition. — 1807.... Après l'expiration du temps déterminé pour l'événement de la condition. — 1808.... Pendant la condition. Perte. — 1809.... Détériorations. Sans la faute de l'acheteur. — 1810... Par la faute de l'acheteur. — 1811. Des risques dans les ventes faites sous condition résolutoire d'essai, de dégustation, de vérification. — 1812. Dégustation. Perte entière. — 1813. Perte partielle. — 1814. Détérioration intrinsèque. — 1815. Distinction entre la détérioration et le défaut de qualité. — 1816. Essai. — 1817. Vérification. —

(1) M. Toullier, t. VI, n. 541; M. Duranton, t. XI, n. 82. — Voy. [illegible] n. 1801.

1818. Comment s'accomplit la condition résolutoire. Condition résolutoire proprement dite. Condition casuelle. — 1819. Condition potestative. — 1820. Pacte commissoire tacite. Nécessité d'une mise en demeure et d'un jugement. — 1821. *Quid*, si le pacte commissoire est expiré? — 1822. *Quid*, s'il y avait stipulation de la résolution de plein droit? — 1823. Comment a lieu la mise en demeure. — 1824. *Quid*, en matière commerciale? — 1825. En matière d'assurance, le défaut de payement de la prime est-il une cause de résolution? — 1826. L'assureur qui avant le sinistre n'a pas demandé la résolution pour défaut de payement de la prime, peut-il la demander après? — 1827. De la résolution en matière de vente... pour inexécution des obligations du vendeur. Quand le vendeur peut-il livrer. — 1828... Pour inexécution des obligations de l'acheteur... pour défaut de payement du prix. — 1829. Cette résolution a lieu en matière de vente de meubles et de marchandises. — 1830... Et en matière commerciale, sauf le cas de faillite. Distinctions. — 1831. Nulle action de part et d'autre, si le vendeur n'a pas livré et si l'acheteur n'a pas payé. — 1832. Quand l'acheteur peut utilement payer. — 1833. De la résolution pour défaut de retirement. Il faut stipulation d'un terme. — 1834. Du terme fixé par l'usage. — 1835. Du terme fixé par une sommation. — 1836. La résolution pour défaut de retirement a-t-elle lieu si le vendeur est payé? — 1837. De la résolution pour défaut de retirement en matière commerciale. — 1838. *Quid*, si l'acheteur a été empêché de retirer par un cas fortuit ou de force majeure? — 1839. Le créancier qui agit pour obtenir l'exécution, peut-il ensuite agir à fin de résolution et réciproquement? — 1840. De la demande à fin d'exécution. Distinction. — 1841. De la demande à fin de résolution.

1795. La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Il suit de là qu'à la différence de l'obligation sous condition suspensive, qui reste imparfaite jusqu'à ce que l'événement de la condition la consolide ou l'anéantisse, l'obligation sous condition résolutoire est parfaite pendant la condition (1). *De naturâ pacti resolutivi est actum præsupponere perfectum et dominium jam translatum* (2). Si la condition ne se réalise pas, l'obligation continue d'exister comme par le passé, de même que si elle n'avait jamais été soumise à une condition. Si la condition vient à s'accomplir, l'obligation est résolue.

1796. Il y a deux sortes de conditions résolutoires. La condition résolutoire proprement dite qui, comme tout autre

(1) C. civ., 1183.
(2) Ansaldus, *Disc.* 6, n. 17. — Voy. aussi *Disc.* 56, n. 49.

condition, consiste dans la stipulation expresse ou tacite par laquelle on fait dépendre l'obligation d'un événement futur et incertain qui la résout en se réalisant, et la condition résolutoire connue sous le nom de *pacte commissoire*, qui consiste dans la clause expresse ou tacite par laquelle les parties qui forment un contrat synallagmatique, conviennent que ce contrat sera résolu, si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait point à son engagement (1). Ces conditions produisent l'une et l'autre des effets analogues; lorsqu'il y aura des différences, j'aurai soin de les faire remarquer.

1797. De ce que la résolution de l'obligation remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé, il résulte que la condition résolutoire accomplie a un effet rétroactif, non-seulement au jour du contrat, mais encore à l'instant même qui a précédé le contrat, puisque le contrat se trouve effacé. Les parties sont donc réciproquement tenues de restituer ce qu'elles ont reçu, par exemple, en cas de vente, l'une la chose, si elle a été livrée, l'autre prix, s'il a été payé.

1798. Cet effet rétroactif se manifeste surtout à l'égard des tiers : les droits qui leur avaient été conférés sur la chose dans l'intervalle du contrat à l'événement de la condition, sont effacés; parce que ces droits sont résolubles comme la propriété de celui qui les leur a transmis, et soumis dès lors à la même condition. Mais il ne faut pas perdre de vue, comme nous l'avons déjà expliqué, que s'il s'agissait de marchandises ou autres objets mobiliers, les droits conférés aux tiers pendant la condition ne seraient résolus que si la chose ne leur avait pas été livrée (2). Si donc l'acheteur de marchandises sous condition résolutoire les a revendues et livrées, ou données en gage à un tiers de bonne foi, les droits de ce tiers ne pourront recevoir aucune atteinte de la résolution, qui ne donnera alors ouverture qu'à une action en dommages-intérêts contre celui qui a indûment disposé de la chose sur laquelle il n'avait qu'un droit résoluble.

1799. Quand l'objet de la convention est une chose fongible,

(1) C. civ., art. 1184,
(2) Voy. *sup.*, n. 1772.

l'acheteur sous condition résolutoire doit, comme dans le cas qui précède, rendre la valeur de la chose qu'il ne restitue pas en nature, suivant les règles que nous avons déjà expliquées en traitant des dommages-intérêts (1).

1800. L'acheteur dont le droit est résolu, doit également restituer avec la chose tous les accroissements qu'elle a reçus. C'est encore là une suite de l'effet rétroactif.

1801. Mais doit-il restituer les fruits qu'elle a produits et qu'il a perçus pendant la condition ?

La question a été diversement résolue par les auteurs. M. Toullier (2) et M. Duvergier (3) se prononcent pour la restitution, comme conséquence de l'effet rétroactif de la condition accomplie. Selon M. Troplong, au contraire, il faut distinguer entre l'hypothèse où la résolution est l'effet du pacte commissoire, c'est-à-dire de la condition résolutoire qui est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement (4), et l'hypothèse où il s'agit d'une condition résolutoire proprement dite (5). Dans la première hypothèse, il décide que l'acheteur qui, faute de payer le prix de son acquisition, voit résoudre le contrat, doit restituer les fruits, parce que, ne remplissant pas ses obligations, il ne peut être considéré comme possesseur de bonne foi, ni par conséquent faire les fruits siens (6) ; dans la seconde, au contraire, il décide que l'acheteur fait les fruits siens par sa bonne foi jointe à son industrie (7). MM. Delamarre et Lepoitvin font une distinction analogue, mais moins absolue. Ils pensent, avec M. Troplong, que, dans la dernière hypothèse, l'acheteur fait les fruits siens, à moins qu'une circonstance particulière ne le constitue en état de mauvaise foi. Mais dans la première, c'est-à-dire quand la résolution procède du pacte commissoire

(1) Voy. *sup.*, n. 1677, 1703 et suiv.
(2) T. VI, n. 563.
(3) *De la vente*, t. I, n. 452.
(4) C. civ., 1184.
(5) Voy. *sup.*, n. 1796.
(6) C. civ., 549. — *De la vente*, t. II, n. 652.
(7) *Ibid.*, t. I, n. 60.

ils pensent que l'acheteur ne peut être considéré en état de mauvaise foi, par cela seul qu'il n'a pas payé le prix ; que c'est dès lors aux juges à examiner s'il est de bonne foi ou de mauvaise foi, pour lui attribuer les fruits dans le premier cas, et le condamner à les restituer dans le second (1).

J'adopte pleinement cette dernière opinion.

Remarquons d'abord que l'effet rétroactif de la condition accomplie n'est d'aucune influence sur la restitution des fruits. L'effet rétroactif n'a lieu qu'en ce qui touche l'obligation de restituer la chose avec tous ses accessoires essentiels, mais il ne peut aller jusqu'à effacer des faits accomplis et jusqu'à faire disparaître le droit que l'acheteur a eu sur la chose dans le temps intermédiaire au contrat et à l'accomplissement de la condition (2).

D'un autre côté, en matière de vente, d'échange, et généralement dans les obligations de donner, toute condition résolutoire, relativement à celui qui est devenu propriétaire de la chose sous cette condition, est une condition suspensive relativement à celui de qui il l'a reçue et qui doit en recouvrer la propriété par l'événement de la condition (3). Il suit de là que, sous ce rapport encore, l'effet rétroactif de la condition résolutoire accomplie ne va pas jusqu'à obliger celui qui a perçu les fruits de la chose dont il était propriétaire pendant la condition, bien que sous une condition résolutoire, à les restituer à celui que l'événement de la condition a rendu propriétaire, mais qui jusque-là n'avait que l'expectative de la propriété sous une condition suspensive. Nous avons déjà vu, en effet, que dans les ventes ou autres contrats faits sous une condition suspensive, il n'y a réellement vente qu'à partir de l'accomplissement de la condition, et que les fruits perçus jusque-là par le vendeur lui demeurent nonobstant l'effet rétroactif de la condition accomplie (4).

Donc, dans tous les cas où celui qui est propriétaire sous

(1) *Du contrat de commission*, t. III, n. 644 et suiv.
(2) M. Toullier, t. VI, n. 548. — Voy. *sup.*, n. 1794.
(3) Voy. *sup.*, n. 1749.
(4) Voy. *sup.*, n. 1794.

ıe condition résolutoire possède de bonne foi, il fait les fruits
ıns, et il n'est pas obligé de les restituer lorsque son droit
trouve résolu par l'événement de la condition.
Cela posé, il est manifeste que l'acquéreur qui peut être de
auvaise foi dans sa possession, quoiqu'il ait payé le prix, et
ıoique la résolution du contrat dépende d'une condition ca-
ıelle ou potestative stipulée par les parties, peut être égale-
ent de bonne foi quoiqu'il n'ait pas payé le prix et quoique
résolution du contrat n'ait d'autre principe que l'inaccom-
lissement de l'obligation de le payer; car le défaut de paye-
ent peut dépendre de circonstances complétement indé-
ndantes de sa volonté. La question de savoir si celui dont
propriété cesse par l'effet de l'événement d'une condition
solutoire, doit les fruits qu'il a perçus pendant sa possession
nporaire, est donc, dans tous les cas, une question de bonne
qu'il appartient aux juges de décider d'après les éléments
l'affaire (1).

1802. Quant aux intérêts du prix non payé, comme l'ache-
r ne peut jouir à la fois de la chose et du prix, il doit en
ıservant, s'il est de bonne foi, les fruits de la chose, tenir
npte au vendeur des intérêts du prix. Par la même raison,
e prix a été payé, le vendeur, qui ne peut être privé à la fois
fruits et des intérêts, ne doit restituer les intérêts avec le
x que dans le cas où les fruits lui sont restituables.

1803. Ces règles sont applicables sans distinction, soit en
ıit civil, soit en droit commercial, parce qu'elles reposent
des principes généraux. Mais elles sont applicables surtout
droit commercial, parce qu'elles ont pour base principale
présomption de bonne foi, et que la bonne foi est l'âme
commerce.

1804. L'obligation de restituer ce qui a été payé ou livré de
t et d'autre, n'est une suite de l'événement de la condition
olutoire que dans le cas où ce qui a été payé était dû en
tu du contrat résolu. Il en est autrement quand la dette

) M. Alauzet, t. II, n. 512. — Voy. cependant M. Marcadé, sur l'art. 1654; Demolombe, t. II, n. 539 et suiv.; Cass., 23 juillet 1834, S., 34, 1, 620; ouen, 28 déc. 1857, *ibid.*, 58, 2, 76.

provient d'un contrat ou d'une obligation antérieure dont le contrat résolu n'avait pour objet que de régler ou d'assurer l'exécution. Dans ce cas, la résolution du second contrat ne peut évidemment porter atteinte au premier; alors ce qui a été payé en exécution du second, mais en vertu du premier, est bien payé et ne devient pas restituable par suite de la résolution du second. C'est ce qui a lieu notamment en matière de faillite, lorsque le concordat est résolu pour inexécution des engagements pris par le failli : cette résolution ne rend pas rapportables les dividendes touchés par les créanciers, parce que le payement de ces dividendes n'était autre chose que l'exécution de l'obligation antérieure qui avait constitué le failli débiteur. Dans ce cas, tout l'effet rétroactif de la résolution du concordat se borne à faire renaître l'état de faillite, auquel le concordat avait mis fin (1).

1805. La résolution du concordat, par suite d'inexécution de la part du failli, produit de plus cet effet particulier, relativement aux tiers qui y sont intervenus comme cautions du failli, qu'elle ne les libère pas et qu'ils restent obligés au payement des dividendes (2). C'est là une exception à la règle qui autorise la caution à opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal (3), et au principe qui ne permet pas que la caution soit obligée par un contrat qui ne lie plus celui qu'elle a cautionné. Cette dérogation au droit commun se justifie par cette considération, qu'admettre le failli à pouvoir libérer ses cautions par l'inexécution du concordat et par la résolution qui en est la suite, serait faciliter des collusions entre les cautions et le failli, qui, nanti de son actif, dont ses créanciers se sont dessaisis sous la foi du concordat, et qu'il a pu dissiper ou faire disparaître depuis la remise qui lui en a été faite, pourrait leur enlever encore leurs dernières garanties en préparant frauduleusement la libération des cautions (4).

(1) C. comm., 520, 526.
(2) *Ibid.*, 520.
(3) C. civ., art. 2036.
(4) M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 96.

1806. Voyons maintenant à la charge de qui sont les risques le la chose dans les obligations de donner, contractées sous ıne condition résolutoire, par exemple dans le contrat de ente.

Il est manifeste d'abord que si la chose périt ou se détériore près l'accomplissement de la condition résolutoire, la perte t la détérioriation sont pour le vendeur que l'événement de a condition a rendu propriétaire. Il en est ainsi, alors même ue l'acheteur serait encore possesseur de la chose, parce que a propriété ne dépend pas de la possession. Ici s'applique ans restriction la maxime *res perit domino.*

1807. Il est également manifeste que si la chose périt ou se létériore après l'expiration du temps déterminé pour l'événe-nent de la condition, sans que la condition se soit réalisée, la erte et la détérioration sont pour l'acheteur que le non-ac-omplissement de la condition en a rendu propriétaire incom-nutable. Et dans ce cas encore il en est ainsi, alors même que a chose n'a pas été livrée à l'acheteur : toujours par applica-ion de la maxime *res perit domino*, et des règles qui ont déjà té longuement développées plus haut sur les risques de la hose due (1).

1808. Mais que doit-on décider si la perte ou la détériora-ion ont lieu pendant la condition ?

Pour résoudre la question, il faut se rappeler que toute con-lition résolutoire relativement à l'acheteur, est suspensive elativement au vendeur; en d'autres termes, que si l'ache-eur est propriétaire sous une condition dont l'événement oit résoudre son droit, le vendeur a l'expectative de la pro-riété, et un droit éventuel dont l'exercice se trouve suspendu ır la même condition qui, en résolvant le droit de l'acheteur, a renaître celui du vendeur.

Il suit de là que si la chose vient à périr pendant la condi-n résolutoire, elle périt pour l'acheteur; de même que ndant la condition suspensive, elle périt pour le vendeur (2). effet, l'acheteur sous condition résolutoire se trouvant

(1) Voy. *sup.*, n. 1614 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 1783.

débiteur sous condition suspensive, la perte de la chose, sans sa faute, éteint ou plutôt efface toute obligation (1). Dès que l'acheteur n'est plus obligé de restituer la chose, le vendeur, qui est créancier sous condition suspensive, ne saurait être obligé d'en restituer le prix, de telle sorte, qu'en définitive la perte est pour l'acheteur qui ne peut se prévaloir de l'accomplissement ultérieur de la condition pour mettre à la charge du vendeur la perte d'une chose dont celui-ci n'était pas propriétaire au moment de la perte et à laquelle l'événement d'une condition devenue sans objet ne peut rendre une existence fictive (2).

1809. Quant à la simple détérioration, si elle a lieu sans la faute du débiteur ou de l'acheteur, elle est au compte du vendeur, quand la condition vient à se réaliser, parce que cette détérioration n'empêche pas l'obligation de subsister de part et d'autre; que l'acheteur, en restituant la chose dans l'état où elle se trouve, exécute l'obligation autant qu'il est en lui; et que le vendeur doit dès lors l'exécuter de son côté en restituant le prix entier qu'il a reçu. C'est là d'ailleurs une conséquence de l'effet rétroactif de la condition accomplie qui, en faisant remonter le droit du vendeur au jour du contrat, met à sa charge les détériorations intermédiaires (3). Vainement voudrait-on appliquer ici, par voie d'analogie, la disposition de l'article 1182 du Code civil, spécial à l'obligation sous condition suspensive, et portant que si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution de prix. Nous avons vu, en traitant de la condition suspensive, que l'option accordée au créancier par cette disposition, était contraire à la fois aux principes du droit et à ceux de l'équité (4). On ne peut donc l'étendre du cas particulier pour lequel elle a été faite

(1) C. civ., art. 1182.

(2) Delvincourt, t. II, p. 485, notes; Marcadé sur l'art. 1833; M. Demolombe, t. II, n. 461. — En sens contraire, Duranton, t. IX, n. 91.

(3) Toullier, t. VI, n. 563; Duranton, t. XI, n. 91.

(4) Voy. *sup.*, n. 1787. — V. cependant M. Demolombe, t. II, n. 4

d'autres cas qui doivent rester sous l'empire des principes généraux.

1810. Si, au contraire, la chose s'est détériorée par la faute de l'acheteur, le vendeur, auquel elle est restituée après l'accomplissement de la condition, ne doit restituer le prix que proportionnellement à la valeur de la chose, eu égard à la détérioration (1). Je pense même qu'en certains cas, si la détérioration était telle que la chose ne fût plus susceptible de l'usage auquel elle est propre ou auquel elle est destinée, le vendeur pourrait non-seulement la laisser au compte de l'acheteur et retenir le prix, mais encore obtenir des dommages-intérêts suivant les circonstances.

1811. Ces principes, qui sont applicables aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, se modifient cependant quelquefois, principalement en matière commerciale, dans la vente des marchandises ou denrées faites sous condition de dégustation, d'essai ou de vérification. Entrons, à cet égard, dans quelques explications.

1812. Nous avons déjà vu, en traitant des risques de la chose due, que les choses, telles que le vin, l'huile et autres que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, et qui, selon la disposition de l'article 1587 du Code civil, ne sont pas vendues tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées, sont jusque-là aux risques du vendeur, puisque, jusqu'à la dégustation et à l'agrément, il est incertain si la vente sera parfaite et si l'acheteur deviendra propriétaire (2).

Mais nous avons vu aussi que lorsqu'une chose que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat est expédiée sur commande à un acheteur, la vente étant parfaite parce que l'acheteur est réputé s'en être remis au goût du vendeur, sous la condition résolutoire que la chose vendue aura un goût loyal et marchand, la chose passe à partir de l'expédition aux risques de l'acheteur (3).

Il suit de là que si la chose périt en route ou avant qu'il ait

(1) Toullier, t. VI, n. 563.
(2) Voy. *sup.*, n. 1625.
(3) Voy. *sup.*, *ibid.*

été reconnu par la dégustation qu'elle n'est ni loyale, ni marchande, la perte est pour l'acheteur. Il y a lieu d'ailleurs de présumer que le vendeur avait exécuté son engagement et que la chose était loyale et marchande (1).

1813. Si la perte n'était pas totale, il suffirait, quelque considérable qu'elle fût d'ailleurs, que la dégustation pût être faite sur le reste pour que la perte partielle fût au compte de l'acheteur si la marchandise était trouvée loyale et marchande, et au compte du vendeur si elle ne remplissait pas les conditions voulues (2).

1814. De même encore, s'il s'agissait d'une détérioration intrinsèque, telle qu'il ne fût plus possible de reconnaître l'état de la marchandise, au moment de l'expédition qui en a opéré la livraison, cette détérioration devrait être assimilée à la perte totale, et resterait au compte de l'acheteur.

Quand, au contraire, malgré la détérioration il est encore possible de procéder à la dégustation, la détérioration est pour l'acheteur, s'il est reconnu qu'au moment de la livraison la marchandise était loyale et marchande ; mais elle est pour le vendeur si la marchandise n'est pas jugée avoir été de qualité convenable au moment de la livraison ; à moins cependant que l'acheteur ne se décide à conserver la chose telle qu'elle est, s'il y trouve son avantage, auquel cas, la détérioration serait pour son compte, sans qu'il pût exiger une diminution de prix.

1815. Du reste, il ne faut pas confondre la détérioration qui peut rester à la charge de l'acheteur, avec le défaut de qualité qui empêche que la marchandise ne puisse être considérée comme loyale et marchande, et qui, entraînant la résolution de la vente, est dès lors à la charge du vendeur. C'est aux experts appelés à vérifier la marchandise, en cas de contestation, à ne pas perdre cette distinction de vue, et à déterminer la nature et l'origine du vice dont la marchandise peut être atteinte.

1816. Tout ce qui vient d'être dit de la dégustation considé-

(1) M. Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 106 ; Pardessus, n. 283.
(2) Pardessus, n. 283 ; M. Alauzet, t. II, n. 577.

rée comme condition résolutoire, s'applique également à l'essai, quand il est stipulé, non comme condition suspensive, mais comme condition résolutoire (1). Toutefois, dans ce dernier cas, le vendeur devrait supporter la perte qui serait survenue pendant l'essai de la chose et par l'effet même de l'essai, puisque cette perte serait une preuve que la chose n'avait pas les qualités dont l'essai avait précisément pour but de reconnaître la présence ou l'absence, et qu'elle serait dès lors l'accomplissement même de la condition résolutoire (2).

1817. Cela s'applique également aux ventes faites sous la condition résolutoire de vérification; la vérification comme la dégustation étant, à moins de stipulation contraire, une condition résolutoire dans les ventes de choses qui sont expédiées par le vendeur sur la commande de l'acheteur.

1818. Maintenant que nous avons vu quels sont les effets de la condition résolutoire, il nous reste à rechercher comment et quand elle s'accomplit.

Il faut distinguer d'abord entre la condition résolutoire proprement dite, et la condition résolutoire qui est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait point à son engagement, autrement dit, le pacte commissoire.

Quant à la condition résolutoire proprement dite, il faut encore distinguer entre la condition casuelle et la condition potestative.

L'événement de la condition casuelle résout l'obligation sans sommation et de plein droit. Aucun doute ne s'est jamais élevé sur ce point. Comme l'accomplissement de la condition ne dépend ni de l'une ni de l'autre des parties, une sommation de mise en demeure serait inutile et sans objet; et comme la condition accomplie remet aussitôt la chose au même état que si l'obligation n'avait pas existé (3), il faut en conclure que l'accomplissement de la condition produit l'effet

(1) Voy. *sup.*, n. 1692.

(2) M. Merlin, *Répert.*, v° *Essai* (*Vente à l'*); M. Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 104.

(3) C. civ., 1183.

résolutoire, sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la résolution en justice (1).

1819. L'événement de la condition potestative résout également l'obligation de plein droit, et sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la résolution : c'est ce qui résulte encore du même principe (2). Mais on a prétendu que, dans ce cas, il fallait mettre le débiteur en demeure par une sommation destinée à constater l'accomplissement de la condition (3). C'est évidemment une erreur, soit qu'il s'agisse d'une condition affirmative, soit qu'il s'agisse d'une condition négative. Je vous vends tel navire à la condition que la vente sera résolue si je vais au Havre d'ici trois mois : si je ne vais pas au Havre dans ce délai, vous devenez propriétaire incommutable : si j'y vais, la vente est résolue, et je ne comprends pas pourquoi ni dans quel but vous pourriez me faire une sommation de mise en demeure, puisque je n'ai rien à faire et que vous n'avez rien à me demander. Supposons, au contraire, que je vous ai vendu le navire sous la condition que la vente sera résolue, si je ne vais pas au Havre dans le même délai : si j'y vais, la vente tient ; si je n'y vais pas, vous n'avez pas à me sommer d'y aller, quand le délai est expiré, puisque la condition est accomplie, et qu'en y allant après les trois mois je ne pourrais modifier les résultats qu'a produits de plein droit l'accomplissement de la condition.

1820. A cet égard, il ne peut y avoir aucune difficulté. Il y en a davantage en ce qui touche le pacte commissoire, c'est-à-dire la condition résolutoire qui est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas à son engagement. « Dans ce cas, aux termes de l'article 1184, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la

(1) Toullier, t. VI, n. 553 ; M. Merlin, *Répert.*, t. XVI, p. 160 ; v° *Clause résol.* ; Duranton, t. XI, n. 88 ; M. Duvergier, t. I, n. 76 ; M. Troplong, t. I, n. 61 ; M. Demolombe, t. II, n. 472.

(2) Voy. *ibid.*

(3) MM. Aubry et Rau, t. II, § 302 note 44 (1re édit.).

convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

On comprend, en effet, que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, ayant le choix, ou de forcer l'autre à exécution, ou d'en demander la résolution, soit tenue de manifester sa volonté, de telle sorte que, tant qu'elle se tait et qu'elle n'a pas mis l'autre partie en demeure, celle-ci puisse exécuter utilement son obligation; et qu'il faille, s'il y a option pour la résolution, mettre par une sommation le retardataire en demeure d'exécuter, en lui notifiant que, faute par lui de remplir son engagement, la résolution du contrat sera demandée. Et d'un autre côté, il ne s'agit pas ici d'une condition proprement dite dont l'événement prévu par les parties doit, d'après la volonté qu'elles ont manifestée en contractant, nécessairement résoudre l'obligation, sans qu'elles puissent se soustraire à cette conséquence autrement que par une convention nouvelle; il s'agit d'une condition résultant de la nature du contrat, qui est d'obliger réciproquement les parties à l'accomplissement de leurs obligations, *quæ tacitè inest ex naturâ rei* (1), et de la rigueur de laquelle les parties peuvent évidemment se départir dans l'exécution. De là vient la nécessité d'une mise en demeure, et d'un jugement qui, faute d'obtempérer à la mise en demeure, prononce la résolution, ou accorde, suivant les circonstances, un délai pour l'exécution.

1821. Il en est de même lorsque le pacte commissoire, au lieu d'être tacite, est exprès, c'est-à-dire lorsque les parties conviennent que, faute d'accomplissement de leurs obligations réciproques dans le délai fixé, le contrat sera résolu. L'expression d'une condition intrinsèque, et qui est toujours sous-entendue, n'ajoute rien à l'effet de cette condition: *Nelli contratti nominati la condizione intrinseca, o vogliamo dire* exnaturâ contractus *non ha alcuna forza di condizione, nè altera*

(1) Casaregis, *Disc.* 56, n. 43.

punto la natura delli contratti, eziandiò quando vi fosse sta[...] espressa dalle parti; onde se il contratto per sua natura non è [...] solvibile nè revocabile, non sono valevoli le suddette condizio[ni] intrinseche a renderlo nel caso che non siano adempite (1). Il n'y a en effet, aucune raison pour qu'une condition que la loi at[ta]che à la nature d'un contrat indépendamment de toute stipu[...]lation, soit exécutée avec plus de rigueur lorsque les parties ont pris le soin inutile de la rappeler d'une manière formelle. Nul n'est censé ignorer la loi; la condition tacite est donc toujours présumée connue des parties, et en l'exprimant, elles ne font que répéter, sans y rien ajouter, ce que la loi disait pour elles. Toutefois, on a prétendu le contraire, et la plupart des auteurs, se fondant sur ce que l'article 1184 du Code civil, après avoir posé l'hypothèse de l'existence du pacte commissoire tacite, ajoute que, *dans ce cas*, le contrat n'est pas résolu de plein droit, en concluent *à contrario* qu'il en est autrement du pacte commissoire exprès, et qu'alors la résolution a lieu de plein droit, et sans avoir besoin d'être demandée (2). Cependant je crois pouvoir dire avec MM. Aubry et Rau (3) et avec M. Demolombe (4), que la restriction qu'on rencontre dans les termes de l'article 1184 n'a pas pour but de limiter les dispositions finales de cet article au pacte commissoire tacite, mais de faire ressortir la différence qui existe entre la condition résolutoire proprement dite, dont l'effet a lieu de plein droit (5), et le pacte commissoire qui, sous-entendu ou exprimé, ne change pas de nature et n'opère la résolution qu'après mise en demeure et jugement. L'exposé des motifs de l'article 1184 ne laisse aucun doute sur ce point. « Lors même que la condition résolutoire serait formellem[ent] stipulée, disait M. Bigot-Préameneu, en parlant du pa[cte] commissoire, il faudrait toujours constater l'inexécution

(1) Casaregis, *Disc.* 59, n. 21.

(2) Toullier, t. VI, n. 554; Duranton, t. XI, n. 88; Delvincourt, p. 487, notes; M. Troplong, *De la vente*, t. I, n. 61; M. Duvergier n. 76; Marcadé, sur l'art. 1184.

(3) T. III, § 302, note 47.

(4) T. II, n. 549.

(5) C. civ., art. 1183.

ır les causes, les distinguer de celles d'un simple retard ; ıs l'examen de ces causes, il peut en être de si favora- ȷue le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un (1). » Quoi de plus précis?

2. Mais il est manifeste qu'il en serait autrement et jugement ne serait pas nécessaire, si telle était la con- ›n des parties, et si, au lieu de stipuler un pacte commis- pur et simple, elles avaient dit, en termes exprès ou 'alents, que ce pacte produirait son effet de plein droit (2). core, dans ce cas, peut-il se présenter des circonstances mode d'exécution donné au contrat fait disparaître tout ı'il y a d'absolu dans une stipulation de ce genre, et re- les parties sous l'empire du droit commun. C'est ainsi a été jugé que, nonobstant la clause d'une police d'assu- ᵢs terrestres portant qu'à défaut de payement de la prime le délai fixé, l'assurance sera résolue de plein droit, la ution doit être demandée en justice lorsque, par déro- n à la police, la compagnie est dans l'usage de faire rece- les primes au domicile des assurés (3).

23. Du reste, la résolution ne peut jamais avoir lieu pour ´cution, en vertu d'un jugement, ou de plein droit, qu'a- que le débiteur a été mis en demeure, suivant les cas, ›ar une sommation, soit par l'effet de la convention, soit 'échéance du terme, soit par l'effet de la loi, ainsi que nous ns déjà expliqué en traitant des risques de la chose due s dommages-intérêts (4).

24. Ces principes généraux sont également applicables atière civile et en matière commerciale. Cependant on a ıuefois douté, dans certains cas spéciaux, de l'applica- aux affaires commerciales des règles sur l'effet résolutif naccomplissement de l'obligation.

Motifs, t. V, p. 40.

Cass., 2 juill. 1860, S., 60, 1, 705.

Paris, 29 août 1844, S., 44, 2, 452; Cass., 11 juin 1845, S., 45, 1, 700; r. 1852, *ibid.*, 52, 1, 737; et Pau, 15 mars 1860, *ibid.*, 60, 2, 175; 31 janvier 1872, D., 73, 1, 86.

Voy. *sup.*, chap. III, sect. II, § 3.

1825. Ainsi, on s'est demandé si le défaut de payement de la prime est une cause de résolution du contrat d'assurance.

La question était affirmativement décidée par le *Consulat de la mer*, dont l'article 355 allait jusqu'à disposer, en termes formels, que les assurances n'avaient aucune efficacité ou valeur jusqu'à ce que le prix en eût été entièrement payé. Et Roccus se fondant, tant sur cette disposition du Consulat que sur les principes du droit commun, voulait que, faute de payement du prix de l'assurance ou de la prime, l'assurance fût nulle ou résolue. *Assecuratus qui non solvit pretium assecurationis non gaudet dictâ assecuratione, non obstante quod assecuratores subscripserunt scripturam assecurationis, quia, non receptâ per eos valutâ, assecuratio nulla remanet* (1). Kuricke (2) et Casaregis (3) avaient adopté cet avis.

Mais Émérigon distingue entre le cas où la prime doit être payée comptant et celui où elle est payable à terme, où elle a été *atermoyée*. Dans le premier cas, il reconnaît que, par application des principes du droit commun, les assureurs sont fondés à demander à la résolution de l'assurance si l'assuré ne paie pas la prime. Mais dans le second, il décide que les assureurs ne peuvent que se pourvoir en justice pour obtenir l'adjudication de la somme qui leur est due. Telle est, dit-il, la doctrine de Stypmann (4).

Si Émérigon entend par prime atermoyée celle qui ne doit être payée qu'après la fin des risques, je suis de son avis. En effet, s'il y a perte, la prime se compense avec l'indemnité due par les assureurs; si, au contraire, il n'y a pas perte, l'obligation de payer la prime constitue une obligation unilatérale, et l'assureur, qui n'est tenu à rien, ne peut avoir une action en résolution sans intérêt. Il n'a qu'une action en payement de la somme qui lui est due (5).

(1) Roccus, *De assecur.*, note 83, n. 317.
(2) *Diatr.*, n. 15.
(3) *Disc.* 1, n. 138.
(4) Émérigon, *Des assurances*, ch. III, sect. VII; Stypmann, part. IV, ch. VII, n. 536.
(5) M. Lemonnier, *Commentaires des principales polices d'assurances*, t. I, p. 160. — Dans l'origine, la prime était toujours payable comptant et au

Mais si la prime est payable à un terme qui vient à échoir avant la fin des risques, je ne comprends pas pourquoi l'assureur ne serait pas fondé à demander la résolution de l'assurance pour non-payement de la prime au terme convenu, et à se prévaloir de la condition résolutoire qui est sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait point à son engagement. Il ne peut y avoir de difficulté à cet égard que sur l'étendue des effets de la résolution (1) ; mais sur la résolution en elle-même je n'en vois aucune. Aussi, tous les auteurs qui ont écrit sur les assurances terrestres, dans lesquelles la question peut se présenter fréquemment à raison du mode de payement de la prime à des termes périodiques antérieurs à la fin des risques, n'ont-ils pas hésité à suivre les principes généraux du droit, admis d'ailleurs expressément par toutes les polices, et à décider que le défaut de payement de la prime autorise l'assureur à demander la résolution de l'assurance (2).

La question est d'ailleurs implicitement résolue par l'article 346 du Code de commerce, qui porte que si l'assureur tombe en faillite lorsque le risque n'est pas fini, l'assuré peut demander caution ou la résiliation du contrat, et que l'assureur a le même droit en cas de faillite de l'assuré (3). N'est-il pas évident, dès lors, que l'échéance de la prime, avant la fin des risques, doit produire au moins autant d'effet que l'exigibilité qui résulte de la faillite de l'assuré ; et que si l'absence de caution est une cause de résolution dans un cas, le non-payement est aussi une cause de résolution dans l'autre ?

A plus forte raison en serait-il ainsi s'il avait été expressé-

moment de l'assurance. De là le nom de *Prime*. L'ordonnance de 1681, tit. *Des assurances*, art. 6, voulait que la prime fût payée comptant lors de la signature de la police. Mais l'usage contraire a prévalu, et, le plus ordinairement, un terme est fixé pour le payement de la prime. Le Code d'ailleurs ne reproduit pas la disposition de l'ordonnance.

(1) Voy. *sup.*, n. 1777.

(2) M. Persil, *Assur. terrestres*, n. 220 ; MM. Grün et Joliat, n. 317 ; M. Quenault, n. 106. — V. *sup.*, n. 1822.

(3) Voy. Paris, 11 mai 1850, S., 50, 2, 367.

ment stipulé qu'à défaut de payement de la prime, le risque finirait (1).

Il paraît qu'autrefois la solution de ces différentes questions dépendait beaucoup plus de l'usage des lieux que des principes généraux du droit (2). Mais aujourdui les principes doivent l'emporter dans tous les cas où les conventions contraires n'y dérogent pas, soit par une stipulation expresse, soit en se référant à l'usage local.

1826. Il est une autre question qui, plus délicate au premier abord, est néanmoins aussi facile à résoudre. C'est celle de savoir si l'assureur qui, avant la perte, n'a pas demandé la résolution du contrat pour défaut de payement de la prime échue, peut encore former cette demande après l'événement du sinistre.

Il faut distinguer : si la police porte en termes exprès que, faute du payement de la prime dans le délai fixé, le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation, il n'y a pas de question, et l'assuré ne peut, en cas de sinistre postérieur au délai fixé pour le payement de la prime, se prévaloir d'une assurance qui est déjà résolue (3).

Si la police porte seulement que le contrat sera résolu de plein droit faute de payement de la prime à l'échéance et après une simple sommation ou notification faite par l'assureur, la sommation est alors nécessaire pour mettre l'assuré en demeure et opérer la résolution du contrat, de telle sorte que, si le sinistre a lieu après l'échéance de la prime, et avant la notification ou sommation faite par l'assureur, l'assureur doit l'indemnité, pourvu que l'assuré ait payé la prime avant toute

(1) Casaregis, *Disc.* 1, n. 179; Émérigon, *Des assur.*, ch. v, sect. VII. — Voy. *sup.*, n. 1822.

(2) *Num scilicet si assecuratus præmium, sive periculi pretium realiter non persolverit, ad damni subsecuti emendationem obligatus sit assecurator? Non tam ex regulis juris communis aut naturâ contractûs aut etiam alterius cujusque stilo et consuetudine, quam observantiâ istius loci in quo lis movetur decidendam arbitror.* (Marquardus, *De jure mercat.*, lib. II, cap. XIII, n. 16.)

(3) M. Persil, *Assur. terr.*, n. 221 ; MM. Grün et Joliat, n. 318; M. Quenault, n. 107.

nise en demeure, ou à l'instant même de la sommation ou
iotification qui lui est faite par l'assureur.

Enfin, si la police est muette, de telle sorte que non-seule-
nent il faille, aux termes du droit commun, une sommation
t une assignation en justice pour voir prononcer la résolution,
a mise en demeure par sommation ne suffisant pas pour
pérer la résolution de l'assurance, et l'assureur ayant l'option
ntre l'exécution forcée du contrat et sa résolution, le sinis-
re arrivé avant toute demande en résloution, serait à la charge
le l'assureur, pourvu que l'assuré ait payé la prime avant cette
lemande, bien que postérieurement à l'événement du sinistre.
l suit de là que, si le sinistre se manifestait après que l'assu-
eur, en assignant l'assuré en payement de la prime, aurait
pté pour l'exécution du contrat, l'indemnité serait encore
lue; mais que si le sinistre n'avait lieu qu'après la demande en
ésolution, bien qu'avant le jugement, l'assureur serait libéré
par le jugement qui prononcerait la résolution dont les effets
emonteraient au jour de la demande (1).

1827. L'action en résolution pour défaut d'exécution, de
part ou d'autre, donne lieu, en matière de vente d'objets mo-
biliers, de denrées ou de marchandises, à quelques questions
qu'il n'est pas sans intérêt d'examiner.

En matière de vente, la résolution peut être fondée, soit sur
l'inexécution des obligations du vendeur, soit sur l'inexécu-
tion des obligations de l'acheteur.

La principale obligation du vendeur est de délivrer la chose
au temps et au lieu convenu; nous avons vu que, si la chose
vendue consiste en un corps certain et déterminé, l'acheteur
peut se faire autoriser par justice à se metre en possession de
la chose (2); que lorsqu'il s'agit d'une marchandise, d'une
denrée ou d'une chose fongible ayant cours, il peut se faire
autoriser à se livrer au moyen d'un achat sur place, aux
risques et périls du vendeur (3). Mais, en cette matière

(1) MM. Grün et Joliat, n. 320, M. Persil, n. 222.
(2) Voy. *sup.*, n. 1594.
(3) Voy. *sup.*, n. 1640 et 1675.

comme en toute autre, si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'article 1610 du Code civil autorise l'acheteur à demander à son choix la mise en possession, ou la résolution de la vente. Il n'est pas nécessaire, pour que la résolution puisse avoir lieu, que le défaut de délivrance soit absolu. Ainsi, le défaut de délivrance par le vendeur de l'un des accessoires de l'objet vendu, donne lieu à la résolution de la vente, quel que soit le peu d'importance de cet accessoire, et non pas seulement à une indemnité proportionnelle à la valeur de l'accessoire non délivré, alors du moins que l'engagement ne comporte qu'une exécution totale et indivisible. C'est ce qui a été jugé spécialement pour le défaut de livraison de la cheminée d'une machine à vapeur par un arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1843 (1).

Mais il pourrait en être autrement s'il n'y avait pas indivisibilité soit matérielle soit intellectuelle dans l'objet de l'engagement, par exemple lorsque le défaut de livraison ne porte que sur une partie minime de la quantité promise (2), ou sur un accessoire indépendant de la chose principale (3). Il n'y a plus lieu alors qu'à une réduction de prix ou à des dommages-intérêts (4).

Du reste, la résolution de la vente pour défaut de livraison ne peut être demandée que lorsque le vendeur est en demeure de livrer : mais une sommation n'est pas toujours nécessaire pour constituer le vendeur en demeure ; la demeure peut résulter, soit d'une stipulation expresse du contrat, soit de la nature de la chose vendue et des circonstances dans lesquelles la vente a été faite, ainsi que cela a déjà été expliqué (5).

Remarquons encore que la disposition de l'article 1184, qui permet aux juges d'accorder au débiteur un délai suivant les circonstances, est applicable au cas de vente, et que les juges, au lieu de prononcer à l'instant la résolution

(1) S., 29, 1, 281.

(2) Cass., 10 juin 1856, S., 56, 1, 819.

(3) Cass., 29 nov. 1865, S., 66, 1, 21.

(4) V. MM. Aubry et Rau, t. III, p. 55; M. Larombière, t. II, sur l'art. 1184.

(5) Voy. *sup.*, n. 1823.

demandée par l'acheteur pour défaut de délivrance, ont la faculté d'accorder au vendeur un délai pour exécuter ses obligations (1).

Il y a plus : le retard dans la livraison qui ne serait offerte qu'après la mise en demeure résultant, soit d'une interpellation, soit de l'échéance du terme stipulé, peut ne pas être toujours une cause nécessaire de résolution. D'après l'article 1610 du Code civil, l'acheteur peut, à son choix, demander sa mise en possession, ou la résolution, *si le retard ne vient que du fait du vendeur.* Il suit de là que les juges doivent apprécier les causes du retard, et qu'ils peuvent en conséquence se dispenser, suivant les circonstances, de prononcer la résolution d'un contrat que le vendeur a finalement exécuté (2). Toutefois, on comprend que si le retard avait été préjudiciable à l'acheteur, les juges devraient, surtout en matière commerciale, se montrer très-sévères dans l'appréciation des causes qui l'ont produit.

1828. L'acheteur a deux obligations principales : payer, et retirer quand la chose vendue ne doit pas lui être portée par le vendeur. Le défaut d'accomplissement de l'une ou l'autre de ces obligations peut donner lieu à la résolution du contrat.

L'acheteur peut être en demeure de payer le prix, selon les conventions des parties, soit avant la livraison, soit après. Il peut être également en demeure de retirer, soit qu'il ait déjà payé, soit que le payement doive avoir lieu en même temps que le retirement, ou à une époque postérieure. Occupons-nous d'abord du défaut de payement.

1829. L'article 1184 dispose d'une manière générale que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. L'obligation de payer le prix étant un des principaux engagements de l'acheteur, s'il n'y satisfait pas, il se place dans le cas prévu par cet article.

(1) Bordeaux, 8 août 1829, S., 9, 1, 317. — Voy. cependant Cass., 16 juin 1856, S., 56, 1, 819.

(2) M. Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 266; M. Troplong. n. 293; Cass., 8 oct. 1807, S., 2, 1, 436; et 15 avril 1845, *ibid.*, 45, 1, 345. — Voy. cependant Pardessus, n. 281.

Cette conséquence est confirmée par l'article 1654 qui, spécial à la vente, dispose en termes exprès que, si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution du contrat. Cependant, malgré la généralité de ces articles, on a prétendu qu'en matière de vente de choses mobilières, et conséquemment de marchandises, le défaut de payement du prix ne donnait pas lieu à une action en résolution du contrat, mais seulement à une action en payement de la somme duė, ou à une action en revendication quand le vendeur se trouvait dans les circonstances particulières où cette action est admise (1). Cette opinion se fonde sur l'article 1657 du Code civil aux termes duquel, en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement; d'où l'on a conclu que, si la chose a été livrée, il ne reste au vendeur que son action en payement du prix, avec le droit spécial de revendication. Elle se fonde aussi sur ce que ce droit de revendication se confondrait et ferait double emploi avec l'action en résolution (2). Mais il est facile de répondre, en premier lieu, que le retirement de la chose et le payement du prix sont deux obligations distinctes, et que l'action en résolution accordée en matière de meubles pour défaut de retirement ne saurait porter atteinte à l'action en résolution pour défaut de payement. Il peut sans doute arriver que l'obligation de payer et l'obligation de retirer se confondent : ce qui a lieu quand le retirement et le payement doivent être simultanés; dans ce cas, si l'acheteur ne fait pas le retirement, le vendeur n'a plus que l'action en résolution pour défaut de retirement. Mais lorsque le payement doit être fait avant le retirement ou la livraison, ou lorsque, après le retirement, le prix n'a pas été payé au terme convenu, il n'y a aucune raison pour que l'action en résolution ne soit pas ouverte au vendeur conformément aux articles 1184 et 1654 du Code civil.

En second lieu, l'action en revendication ne pourrait se

(1) C. civ., art. 2102, n. 4; C. com., 576.

(2) Delvincourt, t. III, p. 157, notes; Duranton, t. XVI, n. 380

confondre avec l'action en résolution que si l'une et l'autre étaient exercées dans les mêmes conditions, devaient conduire au même but et produire les mêmes résultats. Or, l'action en revendication suppose de plein droit qu'il n'y a pas eu vente valable et que l'aliénation de la chose n'a pas été consommée, tandis qu'au contraire l'action en résolution suppose un contrat parfait et qu'il est nécessaire de faire résilier (1). L'action en revendication est réelle en ce qu'elle a pour objet de remettre le revendiquant en possession de la chose même qui est encore à sa disposition, tandis que l'action en résolution est personnelle et peut ne conduire qu'à la restitution de la valeur de la chose vendue avec dommages-intérêts (2).

Il n'y a donc aucune raison valable pour interdire, en matière de ventes de meubles, l'action en résolution que l'inexécution de l'engagement ouvre contre toutes les obligations synallagmatiques (3).

1830. Toutefois, en matière commerciale, cette solution se modifie dans le cas de faillite de l'acheteur, lorsque la marchandise a été livrée. Le vendeur, qui est encore créancier du prix, ne peut exercer contre le failli une action en résolution qui le placerait dans une position privilégiée à l'égard des autres créanciers, contrairement au principe d'égalité qui est la grande loi des faillites. Il n'a qu'une action en payement du prix qui se confond avec l'action collective de la masse des créanciers contre le débiteur failli, et l'action spéciale en revendication que l'article 576 du Code de commerce ouvre dans certains cas particuliers au vendeur non payé.

S'il pouvait y avoir quelques doutes sur ce point avant les modifications que la loi du 28 mai 1838 a apportées aux dispositions du Code de commerce sur les faillites, ils disparaîtraient devant le nouvel article 550 de cette loi, aux termes duquel le privilége et le droit de revendication, établis part l'art. 2102,

(1) M. Troplong, *Priv. et hyp.*, t. I, n. 193.

(2) Voy. cependant Cass., 19 avril 1836, S., 37, 1, 42. Mais voy. *ibid.*, les observations de M. Devilleneuve sur cet arrêt.

(3) M. Troplong, t. II, n. 645, M. Duvergier, t. I, n. 636, à la note; Paris, 18 août 1829, S., 30, 2, 10; D., 29, 2, 281; Lyon, 21 mars 1839, S., 39, 2, 423; D., 39, 2, 10.

n. 4 du Code civil, au profit du vendeur d'objets mobiliers, ne sont point admis en matière de faillite ; et devant l'article 576 qui détermine d'une manière limitative les cas de revendication. Ces deux articles manquent sans doute de précision en ne parlant pas d'une manière expresse de l'action en résolution. Mais leur esprit, plus clair que leur texte, démontré d'ailleurs par la discussion qui en a précédé l'adoption, est manifestement de refuser au vendeur, en cas de faillite de l'acheteur, toute autre action privative que l'action en revendication autorisée par l'article 576, et conséquemment le droit d'obtenir par toute autre voie la restitution des objets mobiliers dont le prix ne lui a pas été payé (1).

On a cependant cherché à introduire, en matière de faillite, une distinction entre les marchandises proprement dites qui entrent dans le commerce du failli et les objets mobiliers qu'il a achetés, même pour les besoins de son commerce, tels que fonds de commerce, machines et ustensiles; et, tout en refusant, dans le premier cas, l'action en résolution au vendeur non payé, la jurisprudence a cherché à la lui accorder dans le second (2). Mais en supposant que cette jurisprudence qui, d'ailleurs, n'a jamais été uniforme (3), eût eu quelque fondement sous l'empire des anciennes dispositions du Code de commerce sur les faillites, elle ne pourrait plus être suivie, aujourd'hui que l'article 550, en refusant tout droit particulier et exclusif au vendeur non payé d'objets mobiliers, s'oppose à toute distinction ayant pour effet de placer le vendeur d'objets mobiliers dans une position plus favorable que le vendeur de marchandises proprement dites.

Du reste, ces restrictions au droit de demander la résolution n'ont lieu que lorsque la chose vendue a été livrée; si, au contraire, elle ne l'a pas été, le vendeur non payé est fondé, même en cas de faillite, à la retenir et à demander la résolu-

(1) Paris, 24 août 1839, S., 39, 2, 533; Limoges, 6 mai 1843, *ibid.*, 43, 2, 326. — V. au surplus, *inf.*, n. 2960.

(2) Paris, 11 et 29 nov. 1837, S., 38, 2, 97; Amiens, 1er septembre 1838, *ibid.*, 39, 2, 237.

(3) Limoges, 4 fév. 1837, *ibid.*, 37, 2, 297.

›n de la vente(1), sauf le droit qui appartient aux syndics d'exi-r la livraison de la marchandise en payant le prix convenu (2). Mais hors le cas de faillite, l'action en résolution pour dé-ıt de payement est ouverte au vendeur non payé, même rès la livraison de la marchandise, aussi bien en matière mmerciale qu'en matière civile (3).

1831. Il est à remarquer du reste que si le vendeur n'avait s livré et que l'acheteur n'eût pas payé, quand même un ·me aurait été stipulé, ni l'un ni l'autre des contractants ne :ait recevable, soit à contraindre l'autre à satisfaire à son gagement, soit à demander la résolution, qu'après avoir t offre d'exécuter, en ce qui le regarde, les obligations qu'il a ntractées. On l'a déjà vu : *In contractibus ultro citroque obli-toriis implementi defectus ex parte unius ex contrahentibus cusat alterum à morâ* (4).

1832. De même que le vendeur peut livrer tant qu'il n'a pas 5 mis en demeure, et que les juges peuvent lui accorder un ·lai pour faire la livraison, à moins de stipulation contraire presse ou implicite (5), de même aussi l'acheteur peut payer nt qu'il n'a pas été mis en demeure, même après l'expiration ı terme et même après la sommation. Un payement fait ırès la demande en résolution peut même empêcher cette ;mande d'être recevable, puisque les juges, qui sont autori-sà accorder un délai au débiteur pour le payement (6), peuvent plus forte raison décider, selon les circonstances, qu'un ıyement fait après la demande en résolution n'est pas tardif. ais aussi, en matière de payement comme en matière de ślivrance, lorsqu'il a été stipulé un terme de rigueur, ıssé lequel le contrat serait résolu de plein droit, l'échéance nporte résolution du contrat sans même qu'il soit besoin 'une mise en demeure par sommation, s'il résulte de

(1) C. comm., art. 577.
(2) C. comm., art. 578.
(3) Paris, 30 juillet 1831, S., 32, 2, 29; D., 31, 2, 328. — V. Pardessus, 289. — Voy. cependant Cass., 7 avril 1830, S., 9, 1, 487.
(4) Ansaldus, *Disc.* 33, n. 24. M. Alauzet, t. III, n. 601.
(5) Voy. *sup.*, n. 1827.
(6) C. civ., art. 1184.

la convention que l'échéance suffit pour interpeller le débiteur.

1833. Si, en général, la clause résolutoire n'opère jamais de plein droit, alors même qu'un terme a été stipulé pour la délivrance ou pour le payement, il en est autrement, quant au retirement qui, nous l'avons déjà vu, est une des obligations de l'acheteur. En matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement : telle est la disposition expresse de l'article 1657 du Code civil. Dans ce cas spécial, la sommation n'est donc nécessaire que lorsqu'il n'y a pas de terme stipulé pour le retirement, et c'est seulement alors que les juges peuvent accorder un délai à l'acheteur. Au contraire, dès qu'un délai a été fixé pour le retirement, et que ce délai est expiré sans que le retirement ait été opéré, le vendeur peut disposer de la chose vendue et non retirée sans avoir à demander la résolution de la vente, qu'il suffirait de proposer par voie d'exception ou reconventionnellement, si l'acheteur venait à former plus tard contre lui une demande en délivrance.

Mais, pour que la résolution ait lieu sans sommation et de plein droit, il faut que le terme de retirement soit précis, et que le lieu où la livraison s'effectuera soit clairement indiqué. C'est donc avec raison qu'il a été jugé par la cour de Bourges qu'il ne suffirait pas, pour que la résolution eût lieu de plein droit, que des objets vendus fussent livrables dans un temps donné, en telle sorte que la livraison pût s'effectuer indifféremment un des jours qui composaient cette période de temps ni que la livraison dût être opérée en telle ville sans désignation plus précise (1).

1834. Suivant M. Troplong, si la vente ne porte pas de délai pour prendre livraison, mais que par l'usage des lieux l'acheteur soit en demeure au bout d'un certain délai, le vendeur n'aura pas besoin de faire sommation à cet acheteur avant de disposer de son plein gré de la chose qu'il n'est pas venu

(1) 1er février 1837, S., 37, 2, 429 ; D., 37, 2, 123.

prendre et à laquelle on suppose qu'il a renoncé (1). Mais cette opinion me paraît un peu trop absolue, en ce que M. Troplong semble décider que l'usage local supplée toujours à la fixation d'un terme pour le retirement. Que les tribunaux puissent juger, par interprétation du contrat, que les parties ont entendu se référer à l'usage local pour compléter la convention et que, dans ce cas, l'expiration du délai d'usage puisse donner au vendeur le droit de disposer de la chose sans sommation préalable, c'est ce qui ne me semble pas douteux. Mais que l'usage puisse avoir une force tellement obligatoire qu'il doive toujours tenir lieu de stipulation expresse, c'est ce que je ne saurais admettre. La loi peut et doit tenir lieu de convention, parce que nul n'est censé l'ignorer ; mais personne n'est forcé de connaître l'usage, et si en certains cas cette connaissance acquise peut devenir le principe d'une obligation, ce ne peut être que lorsque les circonstances autorisent à croire que les contractants ont connu l'usage et entendu s'y référer.

1835. M. Troplong dit encore que si les coutumes sont muettes et que la convention le soit aussi, il suffira au vendeur de faire sommation à l'acheteur d'opérer le retirement, après quoi il pourra disposer de la chose sans avoir besoin de faire prononcer la résolution en justice (2). Je crois que cette opinion manque d'exactitude. Le défaut de retirement ne produit la résolution de plein droit que lorsqu'il y a dans le contrat un terme fixé pour le retirement. Cette disposition est limitative, et la mise en demeure qui résulte de la sommation ne peut, dans ce cas, équivaloir à celle qui résulte de l'échéance du terme conventionnel. Sans doute après comme avant la sommation, le vendeur, qui a la chose en sa possession, peut en disposer à ses périls et risques ; mais il ne sera complétement en sûreté qu'après avoir fait prononcer en justice la résolution de la vente.

Peu importe même que la sommation fixât un délai passé lequel le vendeur se réservait de tenir la vente pour résolue : ce délai ne pourrait davantage équivaloir au terme convention-

(1) *De la vente*, n. 678.
(2) *Ibid.*, n. 679.

nel (1). L'opinion contraire de M. Duvergier (2) se réfute par les mêmes motifs que celle de M. Troplong.

1836. Bien que les termes de l'article 1657 soient généraux et paraissent résoudre de plein droit le contrat dans tous les cas où le retirement n'a pas lieu au terme fixé, cependant cette disposition reçoit une limitation nécessaire dans le cas où le vendeur est payé (3). La résolution pour défaut de retirement n'a d'autre but que de donner au vendeur le moyen de se soustraire aux éventualités de perte que laisserait peser sur lui la négligence ou la mauvaise foi de l'acheteur qui, en retirant ou en ne retirant pas les marchandises qu'il n'a pas encore payées, selon qu'elles seraient en hausse ou en baisse, pourrait en définitive, s'il devenait insolvable, laisser au compte du vendeur une marchandise dépréciée. De là la résolution de plein droit qui, en permettant au vendeur de disposer de la marchandise si elle n'a pas été retirée au terme fixé, lui donne le moyen de veiller à ses intérêts dès le moment où ils peuvent être compromis. Mais quand le vendeur a été payé du prix, a-t-il quelque chose à craindre et court-il quelque danger si l'achteur ne retire pas la marchandise au terme fixé ? Nullement. L'échéance du terme le décharge de la garde de la chose : *Vino per aversionem vendito*, dit Ulpien, *finis custodiæ est evehendi tempus* (4) ; Cujas ne le rend responsable que de son dol : *Post moram emptoris quam fecit in accipiendâ re venditâ quæ offerebatur, venditorem in eâ re præstandum dolum tantum, non etiam culpam* (5). Il peut, après sommation faite au créancier d'enlever la chose, se faire autoriser par justice à la mettre en dépôt dans un lieu autre que celui où elle se trouve (6). Si depuis l'échéance du terme il a fait des dépenses pour la conservation de la chose, il a le droit de les

(1) Duranton, t. XVI, n. 383; Marcadé, sur l'art. 1657.
(2) *De la vente*, t. I, n. 474. — Voy. aussi Douai, 8 janv. 1846, S., 46, 2, 252.
(3) Toullier, t. VI, n. 250, à la note.
(4) L. 4, § 3, ff. *De peric. et comm. rei venditæ*.
(5) *Recit. solemn.* sur la loi 38, § 1, ff. *De act. empt.*
(6) C. civ., art. 1264.

répéter par forme de dommages-intérêts contre l'acheteur en retard de retirer, et il est même incontestablement fondé à retenir la chose jusqu'au remboursement de ses dépenses (1). A quoi bon dès lors et dans quel but une action en résolution, soit de plein droit, soit autrement, appartiendrait-elle au vendeur qui a été payé et qui a dès lors cessé d'être un vendeur pour devenir un dépositaire ?

1837. Mais il est une question plus délicate et également relative à la généralité de l'article 1657. C'est celle de savoir s'il s'applique aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile. Le doute naît principalement de la discussion à laquelle a donné lieu, devant le conseil d'État, la rédaction de cet article. Dans le projet, on mettait sur la même ligne et on comprenait dans la même disposition les ventes de marchandises et les ventes de denrées ou objets mobiliers. M. Bégouen fit observer que cet article serait applicable aux matières commerciales, où cependant, disait-il, aucune vente n'est résiliée sans que l'acheteur ait été mis en demeure de retirer ses marchandises. Il ajouta que si l'on s'écartait de cet usage, on donnerait trop d'avantage au vendeur, dans le cas où le cours des choses vendues augmenterait. M. Galli consentit à restreindre l'article à la vente des effets mobiliers ; et M. Cambacérès mit fin à la discussion, en disant que toute équivoque serait levée par le procès-verbal qui indiquerait que l'article n'est pas applicable aux matières du commerce (2).

De là on a conclu que l'article 1657 ne régit que la vente civile et qu'il est sans application aux matières commerciales (3).

Je ne crois pas devoir admettre cette opinion qui est d'ailleurs combattue par de graves autorités (4).

(1) C. civ., art. 1948.

(2) M. Locré, t. XIV, p. 60.

(3) Pardessus, n. 288 ; Toullier, t. VI, n. 250, à la note ; M. Duvergier, t. I, n. 475 ; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 558 et suiv. ; M. Alauzet, t. II, n. 593.

(4) M. Troplong, *De la vente*, n. 680 ; E. Vincens, t. II, p. 74 ; Duranton, t. XVI, n. 380 ; Cass., 27 avril 1828, S., 9, 1, 42 ; D., 28, 1, 146 ; Bourges, 10 fév. 1844, S., 45, 2, 425 ; Douai, 8 janv. 1846, *ibid.*, 46, 2, 252 ; Angers, 14 mai 1847, *ibid.*, 47, 2, 412 ; Douai, 10 juill. 1847, *ibid.*, 49, 2, 12 ;

Cette opinion se fonde sur deux motifs principaux : le premier, tiré du sens limité que la discussion aurait attribué à l'article 1657 ; le second puisé dans l'intérêt du commerce qui ne permettrait pas d'introduire dans les ventes commerciales la résolution de plein droit établie par l'article 1657 pour les ventes civiles.

Il ne faut pas méconnaître la gravité de l'argument puisé dans la discussion du Code ; mais il ne faut pas non plus se l'exagérer. Sans doute, les procès-verbaux des discussions du conseil d'État sont en général un précieux indicateur de l'esprit de la loi et de la portée que ses auteurs ont entendu lui donner ; mais ils ne font autorité que dans les questions qu'il appartenait aux procès-verbaux de résoudre. Or le Code civil qui n'avait pas à se préoccuper des matières commerciales ne devait rien préjuger sur l'applicabilité de ses dispositions au droit commercial ; il ne pouvait, comme il l'a fait en plus d'une circonstance, que réserver la question en la renvoyant au Code de commerce, qu'on pensait, comme je l'ai déjà dit, devoir être rédigé sur un plan plus large que celui qui a été adopté en définitive (1). A plus forte raison, les procès-verbaux de la discussion ne pouvaient-ils aller plus loin que le texte du Code civil, et trancher des questions dont ce Code n'était pas directement appelé à donner la solution. Si le Code civil avait parlé, il faudrait bien se soumettre à sa volonté, mais quand il ne l'a pas fait, l'opinion des procès-verbaux sur les questions commerciales n'est qu'une réserve et un renvoi au Code de commerce, qui seul était appelé à établir, dans un intérêt commercial, des dérogations aux règles du droit civil. Lors donc que le Code de commerce ne déroge pas au Code civil, il faut en conclure, ainsi que je l'ai déjà longuement expliqué, qu'il s'y réfère implicitement, pour tous les cas sur lesquels il ne renferme pas de disposition contraire, et que le droit civil ou le droit commun est devenu ou plutôt est resté

Cass., 6 juin 1848, S., 49, 1, 65 ; Bordeaux, 18 nov. et 8 déc. 1853, *ibid.*, 54, 2, 394.

(1) Voy. *sup.*, p. 18.

droit du commerce (1). L'article 1657 régit donc les ventes mmerciales.comme les ventes civiles.

On objecterait vainement que cet article, en ne parlant que s denrées et objets mobiliers, exclut par cela même les ırchandises. Toute denrée, tout effet mobilier n'est pas ırchandise (2) ; mais toute marchandise est un effet mobir, puisqu'il n'y a que les objets mobiliers qui soient susceples de devenir marchandises. Les marchandises sont donc néralement comprises sous la dénomination d'objets moliers, à moins d'une exception qui les exclue; et cette expt ion ne se rencontre pas dans l'article 1657.

Ajoutons qu'elle ne devait pas s'y rencontrer. L'intérêt du mmerce, c'est l'intérêt des commerçants, c'est la justice et quité. Lorsqu'il n'y a pas retirement au terme convenu, et i, sans doute, n'a pas été convenu sans raison, l'acheteur anque à son engagement et met le vendeur dans la position perdre à la fois et le prix si l'acheteur devient insolvable, qui est à craindre, et la chose si le cours vient à baisser, qui est possible. Dans cette position, est-il juste de subornner les intérêts pressants du vendeur à ceux de l'acheteur i est en faute ? Je ne saurais le croire. Il est vrai que, lorse le vendeur a livré, la résolution du contrat n'a pas lieu plein droit et doit être prononcée en justice après mise en meure de payer, bien que, dans ce cas, sa position soit s critique, puisqu'il n'est plus nanti de la chose vendue. is voyez la différence ! Le vendeur qui a livré et qui est core créancier du prix a suivi la foi de l'acheteur et doit ors, pour se faire payer ou obtenir la résolution de la vente, ivre les voies ouvertes à tout débiteur. D'ailleurs, comment urrait-il prétendre à une résolution de plein droit ? l'aeteur est nanti de la chose ; pour que le vendeur puisse le ıtraindre à la restituer, il lui faut un titre, et ce titre ne ut être que le jugement qui prononce la résolution de la ıte. Au contraire, quand l'acheteur ne fait pas le retirent au terme fixé, il est présumé légalement renoncer à la

1) Voy. *sup.*, n. 1412.
2) *Sup.*, t. II, n. 1386.

vente, et il n'y a rien de plus juste et de plus rationnel que d'autoriser le vendeur à profiter de la position particulière que lui fait l'acheteur. Vouloir que, dans ce cas, la vente ne pût être résolue qu'après sommation de retirer, serait donner à l'acheteur les moyens de profiter de la hausse postérieure au délai, en retirant la marchandise malgré l'expiration du terme, et de rejeter la baisse sur le vendeur en ne retirant pas : ce qui assurément serait fort injuste.

1838. Sans doute l'acheteur peut avoir été empêché de retirer par un cas fortuit ou de force majeure. Mais alors, si la force majeure est prouvée, je pense que, en toute matière, la vente devrait recevoir son exécution et que l'acheteur serait encore recevable à faire le retirement, pourvu que les choses fussent encore entières, c'est-à-dire pourvu que le vendeur fût encore détenteur de la marchandise vendue, et que, dans un très-bref délai, l'acheteur eût fait connaître au vendeur et les causes du retard et son intention de donner suite à la vente. Si, au contraire, le vendeur avait disposé de la chose vendue, tout serait consommé et la vente définitivement résolue.

A plus forte raison n'y aurait-il pas lieu à résolution de la vente si c'était par le fait du vendeur que la marchandise n'a pas été livrée à l'époque convenue (1).

Mais en dehors des exceptions motivées par des circonstances particulières, la réunion des considérations qui précèdent me détermine à penser que l'article 1657 régit les matières commerciales comme les matières civiles, et qu'il n'y a sur ce point aucune distinction à faire entre les ventes de marchandises et les ventes de denrées et d'effets mobiliers.

1839. Il me reste à examiner une autre question qui, de même que la précédente, est d'un grand intérêt pratique. Il s'agit de savoir si, dans les contrats synallagmatiques, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, peut, après avoir agi pour forcer l'autre à l'exécution, chan-

(1) Bordeaux, 18 nov. 1853, S., 54, 2, 394.

ger d'avis et agir dans le but de la résolution : ou si, après avoir demandé la résolution, elle peut demander l'exécution ; en d'autres termes, si l'option du créancier pour l'une des deux voies que lui ouvre l'article 1184 du Code civil est définitive et irrévocable, et si, après s'être engagé dans l'une d'elles, il peut revenir sur ses pas et en prendre une autre.

Des auteurs que j'ai souvent cités pour m'approprier leurs solutions, mais aussi quelquefois pour les désapprouver et combattre les tendances qui les poussent à établir systématiquement des différences arbitraires entre le droit civil et le droit commercial, MM. Delamarre et Lepoitvin posent en principe que, dans le commerce, le créancier, quel qu'il soit, qui a opté pour l'exécution ne peut plus demander la résolution, et *vice versâ* (1), à la différence de ce qui a lieu en droit civil, où la demande du prix, par exemple, ne fait point obstacle à la demande en résolution (2) ; et ils en donnent pour raison que, si le changement était permis au créancier, sa demande pourrait suivre les variations du cours, de telle sorte que l'acheteur qui a demandé la résolution, présumant que le cours irait en baisse, conclurait à l'exécution aussitôt la hausse déclarée, et réciproquement (3).

Cette considération, qui n'est pas sans valeur, n'est cependant pas toujours déterminante. Voici quelles me paraissent être les règles à suivre, soit en droit civil, soit en droit commercial.

1840. Il faut d'abord distinguer entre l'exécution du contrat et sa résolution.

D'abord, il me semble hors de doute que le créancier qui poursuit purement et simplement l'exécution du contrat ne se rend pas non recevable à en demander plus tard la résolution s'il n'obtient pas cette exécution. Tout contrat est fait pour être exécuté ; les tentatives faites pour arriver à une exécution ne peuvent donc être considérées, par elles-mêmes, comme un abandon de la faculté de demander la résolution,

(1) *Du contrat de commission*, t. III, p. 595.
(2) *Ibid.*, p. 625, à la note.
(3) *Ibid.*, p. 610.

si cette exécution n'est pas obtenue. Aussi tous les auteurs sont-ils d'accord sur ce point, que les diligences faites par le vendeur pour obtenir le payement du prix n'emportent pas renonciation au droit de demander et d'obtenir la résolution, si en définitive le prix n'est pas payé. On ne concevrait pas, en effet, comment, lorsque la résolution ne peut être demandée qu'après que le débiteur a été sommé de payer, cette sommation et la demande à fin de payement, qui en est la suite naturelle, seraient une renonciation au droit ou à la faculté dont elles sont la cnodition (1). Cela est vrai, soit en droit civil, soit en droit commercial, parce que, dans l'un comme dans l'autre, la sommation est nécessaire pour mettre le débiteur en demeure.

Mais il en serait autrement s'il avait été stipulé que le contrat serait résolu de plein droit faute d'exécution au terme fixé. Comme dans ce cas le vendeur, par exemple, aurait un droit acquis à la résolution par le fait seul de l'échéance du terme, sans avoir besoin de mettre l'acheteur en demeure de payer, toute demande en payement postérieure à l'échéance devrait être considérée comme une renonciation à la faculté de demander la résolution du contrat (2). Ici encore le droit civil et le droit commercial sont identiques.

Il en serait de même, en prenant toujours le contrat de vente pour terme de comparaison, si l'inexécution venait du vendeur qui ne livre pas; la demande à fin de livraison ou d'exécution formée par l'acheteur ne le rendrait pas non recevable à demander plus tard la résolution, à moins que, par une clause formelle, le contrat ne fût résolu de plein droit faute de livraison au terme fixé (3).

Cependant, si l'obligation non exécutée était de celles que le créancier peut se faire autoriser à exécuter lui-même aux

(1) M. Duvergier, t. I, n. 444; M. Troplong, n. 656, M. Merlin, *Quest.*, v° *Option*, § 1, n. 2 et 10; Marcadé, sur l'art. 1654; Cass., 12 fév. 1855, S., 56, 1, 57; et 11 déc. 1855, *ibid.*, 57, 1, 60. — V. cependant M. Demolombe, t. II, n. 529 et suiv.

(2) M. Duvergier, t. I, n. 444 et 461.

(3) Cass., 12 fév. 1855, S., 56, 1, 57.

dépens du débiteur, conformément à l'article 1144 du Code civil, la demande qu'il formerait dans le but d'obtenir cette autorisation pourrait être considérée comme une renonciation à la résolution. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si l'acheteur, auquel la marchandise n'a pas été livrée, demandait à être autorisé à faire un achat sur place aux risques et périls du vendeur (1). On comprend, en effet, que si les poursuites tendantes à l'exécution laissent cette exécution incertaine quand elle reste subordonnée à la volonté ou au pouvoir du débiteur, et que si elles ne peuvent par conséquent emporter renonciation à la résolution que l'inexécution rendrait possible, il en est autrement lorsque le créancier fait son affaire de l'exécution. Dans ce cas, l'exécution dépendant de lui seul, il ne peut y avoir place pour l'action en résolution. Cette exception pent se rencontrer plus souvent dans les matières commerciales que dans les matières civiles, mais elle ne leur est pas particulière, et elle repose sur une faculté dont l'article 1144 fait une règle de droit commun.

1841. Voilà pour la demande à fin d'exécution. Quant à la demande en résolution, il me paraît certain que cette demande, par laquelle le créancier manifeste l'intention de se départir du contrat, ne lui laisse plus la faculté d'en demander ensuite l'exécution. Pas plus en matière civile qu'en matière commerciale, le créancier qui a agi dans un sens ne peut agir dans un autre et tromper le débiteur en lui demandant d'exécuter après l'avoir dispensé de l'exécution par la poursuite à fin de résolution. Et je ne sache pas qu'aucun auteur ait jamais introduit en droit civil une règle contraire. *Electâ unâ viâ, non datur recursus ad alteram.* C'est là une règle que le droit civil prête au droit commercial, mais qu'il ne lui emprunte pas.

Telles sont les règles principales des obligations conditionnelles. J'ai cru devoir entrer à cet égard dans des détails assez étendus, cette matière étant une des plus usuelles, et assez compliquée d'ailleurs pour donner fréquemment lieu à des difficultés.

(1) Voy. *sup.*, n. 1649.

SECTION II. — DES OBLIGATIONS A TERME.

SOMMAIRE. — 1842. Ce que c'est que le terme. — 1843... Obligation à terme. — 1844. En quoi le terme diffère de la condition. — 1845. Conséquences : payement anticipé. — 1846... Risques. — 1847... Exigibilité. — 1848. Terme de droit. — 1849. Terme de grâce. — 1850. Terme tacite. — 1851. Terme exprès. Nécessité de l'expression d'un terme dans les lettres de change et les billets à ordre. — 1852. Diverses manières d'exprimer le terme : jours, mois, usances. — 1853. Comment se comptent les mois. — 1854... Les usances. — 1855. Des lettres ou billets payables à vue ou à un terme de vue. — 1856... En foire. — 1857. Le jour de l'échéance est-il compris dans le terme? — 1858. *Quid* du jour du terme? — 1859. Effets de la stipulation du terme selon qu'il est stipulé en faveur du débiteur, du créancier ou de tous les deux. — 1860. En faveur de qui le terme est-il présumé stipulé? Distinction entre les matières commerciales et les matières civiles. — 1861. Le débiteur ne peut restituer avant le terme un capital productif d'intérêts, pour faire cesser le cours des intérêts. — 1862. Il ne peut même pas restituer le capital en y joignant les intérêts qui restent à courir. — 1863. De l'escompte. Celui qui par erreur a payé avant le terme peut-il répéter l'escompte? — 1864. Y a-t-il lieu de distinguer entre les matières civiles et les matières commerciales? — 1865. *Quid*, si lors de la convention les intérêts avaient été joints au principal? — 1866. *Quid*, si le créancier avait employé le dol pour obtenir un payement anticipé? — 1867. Le créancier peut, avant l'échéance du terme, faire des actes conservatoires. 1868. Déchéance du terme... par l'effet de la faillite. — Dettes civiles et dettes commerciales...; dettes chirographaires, hypothécaires ou privilégiées...; dettes solidaires. — 1869. Par l'effet de la déconfiture. — 1870. Diminution des sûretés promises par le contrat;... par le fait du débiteur... Cas fortuit... Diminution éventuelle. — 1871. Le non-payement d'un billet rend-il les autres exigibles? — 1872. *Quid* de la non-acceptation d'une lettre de change? *Quid* de la réduction des intérêts au taux légal? — 1872 *bis*. Effets de la déchéance du terme en ce qui touche la caution. — 1873. De la déchéance du terme de grâce.

1842. Le terme est un espace de temps accordé au débiteur pour s'acquitter de son obligation (1).

1843. L'obligation à terme est donc celle pour l'exécution de laquelle un espace de temps ou un délai, non encore échu, a été accordé au débiteur.

1844. Le terme diffère de la condition suspensive, la seule qui ait quelque rapport avec le terme, en ce qu'il ne suspend point l'engagement dont il retarde seulement l'exécution (2);

(1) Pothier, *Des oblig.*, n. 228.
(2) C. civ., art. 1185.

tandis que la condition retarde l'exécution, parce qu'elle suspend l'engagement. Cette différence provient de ce qu'il est de l'essence de la condition de dépendre d'un événement incertain, au lieu qu'il est de l'essence du terme de devoir nécessairement arriver, bien que l'époque à laquelle le terme sera échu puisse d'ailleurs être incertaine.

1845. Il suit de là que celui qui doit à un certain terme non encore échu, étant vraiment débiteur, ne pourrait, s'il payait avant le terme, exercer une action en répétition, parce qu'il aurait payé ce qu'il devait effectivement (1), en renonçant au bénéfice du terme (2), et cela alors même qu'il aurait payé par erreur (3); tandis que celui qui doit sous une condition suspensive pourrait répéter, comme chose non due, ce qu'il aurait payé avant l'événement de la condition, parce que, jusqu'à l'événement de la condition, il n'est pas réellement débiteur (4).

C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 11 décembre 1832 (5), que le débiteur qui acquitte, même avant son échéance, une lettre de change tirée sur lui par son créancier, devient, par le fait de son acquittement, et nonobstant le terme opposé à l'exigibilité de la lettre, propriétaire de la provision qui existait entre ses mains, et qu'il s'opère par là une confusion de droits qui éteint à la fois la dette propre du tiré et toute action en répétition contre le tireur pour le montant de la lettre de change payée avant son échéance.

1846. De ce que le terme diffère de la condition, il suit encore que, dans les obligations à terme, les risques de la chose due pèsent sur le créancier conformément aux règles généraales qui ont déjà été exposées (6), parce que le terme d'exi-

(1) C. civ., art. 1186. — L. 10, ff. *De condict. indeb.*; Pothier, n. 230. V. M. Demolombe, t. II, n. 632 et suiv.

(2) V. *inf.*, n. 1859.

(3) *Ibid.*, n. 1863.

(4) L. 16, ff. *De condict. ind.* — Pothier, *ibid.*

(5) S., 33, 1, 148; D., 33, 1, 179.

(6) Voy. *sup.*, n. 1619 et suiv.

gibilité ne l'empêche pas d'être propriétaire (1); tandis que, dans les obligations conditionnelles, ils pèsent en certains cas sur le débiteur (2). Ainsi, en cas de vente à terme ou à livrer, la perte de la chose entre les mains du vendeur et avant l'échéance du terme de livraison, est pour l'acheteur, alors même que le terme a été stipulé dans son intérêt. La vente, dont l'exécution est différée par la stipulation d'un terme, n'en est pas moins pure et simple quant aux risques : c'est là un point parfaitement établi par MM. Delamarre et Lepoitvin (3). Il n'en serait autrement que si une convention particulière, expresse ou tacite, laissait les risques à la charge du vendeur.

1847. Enfin, en cas de faillite du débiteur avec terme, la dette devient exigible, ainsi que nous le verrons ci-après (4); tandis que la faillite du débiteur conditionnel n'a d'autre résultat, ainsi que nous l'avons déjà vu, que d'autoriser le créancier à demander caution pour le payement après l'événement de la condition (5).

1848. Il y a deux sortes de termes : le terme de *droit* et le terme de *grâce*.

Le terme est de droit lorsqu'il est expressément ou tacitement compris dans la convention (6), c'est-à-dire lorsqu'il est expressément stipulé, ou lorsqu'il résulte, soit de l'ensemble, soit de l'objet du contrat : par exemple, s'il s'agit d'une chose qui ne peut être faite que dans un certain temps (7).

1849. Le terme est de grâce lorsqu'il est accordé au débiteur par jugement et en considération de sa position. Nous verrons plus tard, en traitant de l'*Exécution* des obligations

(1) Voy. *sup.*, n. 1844.

(2) *Ibid.*, n. 1783 et suiv. ; 1806 et suiv.

(3) *Du contrat de commission*, t. III, p. 490. — V. Duranton, t. II, n. 103.

(4) Voy. *inf.*, n. 1868.

(5) Voy. *sup.*, n. 1825.

(6) Pothier, n. 229; Toullier, t. VI, n. 652.

(7) *Interdùm stipulatio ex re ipsâ dilationem capit.* L. 73, ff. *De verb. oblig.*

et du *Payement*, quand et comment il est permis aux juges d'accorder un délai de grâce. Je me bornerai à signaler ici les différences qui distinguent le terme de grâce du terme de droit (1).

1850. Je reviens au terme de droit. Nous venons de voir qu'il peut être exprès ou tacite. On peut dire, quant au terme tacite, que dans toute obligation il y a tacitement un terme convenu qui consiste dans le temps nécessaire pour son exécution. Si je vous promets de faire ou de donner telle chose, il faut, de toute nécessité, m'accorder le temps de me mettre en mesure de faire ou de donner.

1851. Quant au terme exprès, il n'est pas de l'essence de toutes les obligations; mais il y a certaines obligations, surtout en matière commerciale, dans lesquelles un terme de payement doit nécessairement être expressément stipulé. Telles sont les lettres de change qui, d'après l'article 110 du Code de commerce, doivent énoncer l'époque du payement; tels sont aussi les billets à ordre, suivant l'article 187 du même Code, qui déclare applicables à cette espèce d'obligation les dispositions relatives à l'échéance des lettres de change. On comprend, en effet, que si, dans les obligations ordinaires, il n'y a aucune nécessité d'exprimer un terme de payement, parce qu'il peut convenir aux parties contractantes qu'une créance qui n'intéresse qu'elles, soit constamment exigible à la volonté du créancier, il en est autrement dans les obligations transmissibles par voie d'ordre ou d'endossement, qui, destinées à circuler de main en main, tirent une grande partie de leur utilité de l'énonciation d'un terme d'échéance, et dont le payement, intéressant tous ceux entre les mains desquels l'obligation a circulé, lesquels en sont garants solidaires, doit impérieusement avoir lieu à jour fixe, afin qu'ils puissent savoir en tout temps à quoi ils sont obligés. De là la nécessité de l'énonciation d'un terme dans les lettres de change et les billets à ordre, et de la constatation du défaut de payement à l'échéance, par un acte par-

(1) Voy. *inf.*, n. 1873.

ticulier appelé protêt (1). *Dies certa et locus specificus sunt de substantiâ litterarum cambii* (2).

1852. Du reste, le délai d'échéance énoncé dans la lettre de change ou dans le billet à ordre peut être déterminé ou indéterminé.

Il est déterminé quand l'effet est payable à jour fixe ou après certaines périodes de temps, qui prennent leur point de départ dans la date : comme à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois, à une ou plusieurs usances de date (3).

1853. Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le Calendrier grégorien (4) ; de telle sorte qu'on ne distingue pas quand une lettre de change est tirée à un ou plusieurs mois de date, entre les mois de vingt-huit ou trente jours et ceux de trente-un jours : l'échéance arrive, après la révolution du nombre de mois déterminé, à la date correspondante à celle de la lettre de change. Ainsi, une lettre de change tirée le 30 septembre, à trois mois de date, est échue le 30 décembre, bien que ce dernier mois ait trente-un jours (5) ; à la différence du cas où une lettre de change est payable *fin* de tel mois, auquel cas elle échoit le dernier jour du mois, bien que ce mois porte trente-un jours, et qu'elle soit datée du dernier jour d'un mois qui n'en porte que trente. De même encore, quand un effet, tiré à tant de mois de date, est daté du dernier jour d'un mois qui en a trente-un, et que le dernier mois du terme ne porte que trente jours, le terme est échu le dernier jour du mois, et non le premier jour du mois suivant, parce que le délai se compte par mois et non par jours.

1854. L'usance est un délai d'usage, comme le mot l'indique, à l'expiration duquel la lettre ou le billet doivent être payés. Ce délai est fixé par l'usage du lieu dans lequel l'effet

(1) C. com., 162 et 173.
(2) R. de Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 3, n. 14.
(3) C. com., art. 129.
(4) *Ibid.*, art. 132.
(5) Cass., 13 août 1817, S., 5, 1, 361 ; D., 6, 1, 617 ; 17 fév. 1818, S., 5, 1, 422 ; Locré, sur l'art. 132 C. com ; Pardessus, n. 183 ; E. Vincens, t. II, p. 172 ; Horson, *Quest.*, n. 80 et suiv. ; M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. I, p. 88.

est payable (1). Tirer une lettre de change à une ou plusieurs usances de date, c'est donc énoncer que le payement en sera fait après une ou plusieurs révolutions du délai accordé par l'usage local pour le payement des lettres de change qui ne portent pas un autre terme d'échéance (2). La durée de l'usance, qui, dans les divers États commerçants, varie suivant les places, est en France de trente-un jours, qui courent du lendemain de la date de la lettre de change (3).

1855. Le délai est indéterminé quand la lettre de change est payable à vue, ou à présentation, ou après certaines périodes de temps qui prennent leur point de départ au moment de la présentation de la lettre de change : comme à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois, à une ou plusieurs usances de vue.

La lettre de change payable à vue ou à présentation est celle qui doit être payée aussitôt qu'elle est présentée au tiré : Littera visa, *posita in litteris cambii, denotat statim factâ præsentatione, solutionem faciendam per eum cui tracta dirigitur* (4).

(1) Voy. *sup.*, t. I, n. 628.

(2).... Ad usum : *Et hoc frequentissimè in litteris cambii, sed semper in irregularibus, in quibus quandò apponitur certus dies, ipsi actuali solutioni destinatus, is servandus est : puta dies intrà decem, vel vigenti à die præsentationis; sed quandò apponitur verbum illud* ad usum, *denotat dilationem illam temporis ad solvendum à die præsentationis litterarum cambii quod regulariter secundùm consuetudinem illius plateæ statutum communiter est longius vel brevius quòminus dictæ plateæ ad invicem distant. Et hoc ad plura deservit, non solùm ut à die præsentationis habeat commoditatem ille cui fit tracta ad parandas pecunias et ut interim perveniant ab eodem datore litterarum cambii litteræ advisii, per quas securior reddatur de administrandis, sed etiam quia interim potest dari casus, etiam post acceptationem, revocationis dictarum litterarum.* R. de Turri, *De camb.*, disp. 2, proleg., n. 54. — On voit par ce passage que l'usance d'aujourd'hui diffère de l'usance d'autrefois, soit dans son but, soit dans ses résultats. Comme but, elle ne peut plus avoir celui de permettre au tireur de révoquer la lettre de change. S'il pouvait rester maître de la lettre de change dans un temps où la pratique de l'endossement était inconnue, il ne saurait en être de même aujourd'hui. D'autre part l'usance ne varie plus aujourd'hui, en France, du moins, selon la distance qui sépare les deux places de commerce : elle est toujours uniforme; mais dans un grand nombre de places étrangères, elle varie selon la provenance de la lettre.

(3) C. com., art. 132.

(4) De Turri, *De camb.*, disp. 2, quæst. 1, n. 55.

Toutefois, l'indétermination de l'échéance d'une lettre de change à vue n'est pas absolue, et il ne dépend pas du porteur d'en reculer indéfiniment le payement en retardant la présentation; l'article 160 du Code de commerce fixe, au contraire, un délai proportionnel aux distances dans lequel le porteur est tenu d'en exiger le payement, si elle est à vue, ou l'acceptation, si elle est à un terme de vue, sous peine de perdre son recours contre les endosseurs et même contre le tireur, si celui-ci a fait provision.

1856. Il y a encore une autre manière d'énoncer l'époque de l'échéance d'une lettre de change : c'est de dire qu'elle est payable en foire. Pendant longtemps, et lorsqu'une grande partie du commerce était concentrée dans les foires, les lettres de change payables en foire, *cambia nundinalia*, étaient au moins aussi usitées que les lettres de change payables à un autre terme, et simplement de place en place, qu'on appelait *cambia platealia*. Et quoiqu'il ne soit pas douteux que l'usage des lettres de change payables à un délai déterminé ait précédé celui des lettres de change en foire (1), cependant, ce fut plus tard une question de savoir si les lettres de change pouvaient être payables ailleurs qu'en foire, et si le nouvel usage n'avait pas détrôné l'ancien (2). Aujourd'hui, que les foires ont perdu presque toute l'importance que leur ont value pendant longtemps les entraves locales apportées au commerce (3), on voit rarement des lettres de change payables en foire.

Ce terme d'échéance est d'ailleurs parfaitement déterminé : suivant l'article 133 du Code de commerce, les lettres de change payables en foire sont échues la veille du jour fixé pour la clôture de la foire, si la foire dure plusieurs jours, ou le jour même de la foire, si la foire ne dure qu'un jour. Les anciens usages italiens, attestés par Scaccia (4), accordaient au

(1) Le card. de Luca, *De cambiis*, disc. 1, n. 7; de Turri, *De camb.*, disp. 1, quæst. 4, n. 41 ; Casaregis, *Disc.* 218, n. 3.

(2) *An cambia platealia valeant ubi circula seu continuata sunt de plateis ad plateas absque mixturâ nundinarum.* Voy. De Luca, *ubi sup.*

(3) Voy. *sup.*, t. I, n. 8.

(4) *De commerc. et camb.*, § 2, gloss. 5, n. 14.

tiré, pour le payement des lettres de change en foire, un terme ou délai de vue plus ou moins long, suivant qu'il était ou qu'il n'était pas banquier.

1857. Le jour de l'échéance, *terminus ad quem*, est compris dans le terme, en ce sens, que le débiteur a tout le jour pour s'acquitter, et que les poursuites ne peuvent être valablement dirigées contre lui que le lendemain. On trouve une application de cette règle aux matières commerciales dans les articles 161 et 162 du Code de commerce, desqnels il résulte que, si le porteur d'une lettre de change peut en exiger, c'est-à-dire en demander le payement le jour même de son échéance, il ne doit constater, par un protêt, le refus de payement que le lendemain de l'échéance.

1858. Quant au jour du terme, ou qui sert de point de départ au terme, *dies à quo*, pour savoir s'il doit être compté dans le délai, il faut distinguer si le délai se compte par jours ou par périodes composées de plusieurs jours ; par exemple, par mois. Si le délai se compte par jours, le jour *à quo* n'est pas compris dans le terme : si je promets le 1er janvier de payer dans dix jours, l'échéance n'arrivera que le 11, parce que c'est le 11 seulement qu'il se sera écoulé dix jours complets à partir du jour où j'ai promis. Si, au contraire, je promets le 1er janvier de payer dans un mois, l'échéance arrivera le 1er février, parce que le mois ne se compte pas par jours, mais de quautième à quantième (1).

1859. Le terme peut être stipulé en faveur du débiteur seul, ou en faveur du créancier seul, ou à la fois en faveur du débiteur et du créancier.

Quand le terme est en faveur du débiteur seul, le créancier ne peut rien exiger avant l'échéance du terme, quoique le débiteur puisse se libérer plus tôt (2); quand il est en faveur du créancier seul, le débiteur ne peut se libérer avant le terme (3),

(1) Voy. *sup.*, n. 1853.

(2) C. civ., art. 1185. *Quod certâ die promissum est, vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur* (L. 71, ff. *De solut.*)

(3) *Quod in diem debitur non semper antè diem solvi potest, licet dici soleat plus præstare debitorem quam debeat cùm solutum repræsentat; quid*

tandis que, si telle était la convention, le créancier pourrait exiger le payement : enfin, quand le terme est à la fois en faveur du débiteur et du créancier, celui-ci ne peut pas plus exiger, que celui-là ne peut payer avant l'échéance (1).

1860. Suivant l'article 1187 du Code civil, le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la convention ou des circonstances, que le terme a aussi été convenu en faveur du créancier. Bien que la présomption consacrée par cet article en faveur du débiteur ait été autrefois rappelée par des auteurs commerciaux, notamment par Ansaldus (2), cependant il est certain que, dans les obligations commerciales, le terme est stipulé à la fois en faveur du débiteur et du créancier. Cela résulte, pour les obligations négociables, telles que les lettres de change et les billets à ordre, de la disposition même de la loi. L'article 146 du Code de commerce, qui n'a fait que reproduire les anciennes dispositions des édits ou déclarations des 28 novembre 1713 et 20 février 1714, veut que le porteur d'une lettre de change ne puisse être contraint d'en recevoir le payement avant l'échéance ; l'article 187 du même Code étend cette disposition aux billets à ordre : il ne peut donc y avoir aucun doute sur ce point. La raison de cette disposition est que, si le débiteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre a intérêt à la stipulation du terme pour pouvoir se mettre en mesure de payer, le créancier a intérêt à ne pas recevoir avant le terme, parce qu'il n'a pas besoin de son argent plus tôt, et que, dans le commerce, chacun cherche à faire concorder la recette avec l'emploi : tout créancier s'arrange pour recevoir au moment où il doit payer, de manière à n'être pas obligé de garder son argent oisif et à ne pas courir les risques de sa conservation. Et comme ce motif s'applique non-seulement aux lettres de

enim si dies adjecta sit in favorem creditoris, non debitoris, sive ex testamento, sive ex contractu, aut quâ alià justâ causâ debeatur, utique dies expectanda est, ne quidquam de creditoris jure minuatur (Faber, *Cod.*, lib. VIII, tit. XXX, défin. 14).

(1) *Si tempus adjicitur gratiâ creditoris, vel utriusque, non potest solvi antè tempus* (Bartole, sur la loi 122, ff. *De verb. oblig.*).

(2) *Disc.* 73, n. 29.

change et aux billets à ordre, mais encore à toutes les obligations commerciales, soit qu'il s'agisse d'une somme à payer, soit qu'il s'agisse d'une chose à donner ou à faire, parce que, comme le dit très-bien M. Pardessus, les commerçants ne font souvent des opérations que dans l'intention d'être payés ou livrés à des époques certaines (1), il faut reconnaître qu'en matière commerciale, et dans les circonstances ordinaires, le terme est convenu aussi bien en faveur du créancier qu'en faveur du débiteur, à moins que le contraire ne résulte, soit d'une clause expresse, soit de circonstances prépondérantes (2).

1861. On trouve dans le prêt à intérêt l'exemple d'un contrat dans lequel le terme, même en matière purement civile, et à plus forte raison en matière commerciale, est présumé stipulé dans l'intérêt du créancier aussi bien que dans l'intérêt du débiteur. Le débiteur ne pourrait donc pas restituer le capital, pour faire cesser le cours des intérêts (3). Cela est sans difficulté aujourd'hui, bien qu'autrefois on ait soutenu le contraire en haine de l'usure et sous l'influence des préjugés religieux qui étouffaient les vrais principes économiques et juridiques sur lesquels repose la théorie de l'intérêt de l'argent. Dumoulin ne voulait pas qu'en matière de rentes constituées, on pût stipuler un terme avant lequel le rachat ne pourrait avoir lieu : *Quod non possit redimere nisi post certum tempus* (4) ; Pothier (5) et Pocquet de Livonière (6) avaient suivi la même doctrine ; et Jussieux de Montluel, dans son *Instruction facile sur les conventions* (7), va jusqu'à dire que le payement peut avoir lieu avant le terme, encore que l'obligation contienne une clause contraire, parce que le droit du débiteur est une portion du droit public auquel il ne peut renoncer. Est-il besoin de démontrer sur quelles illusions reposent de pareilles maximes, qui pouvaient

(1) *Droit commerc.*, n. 199.
(2) Toullier, t. VI, n. 679 ; Delvincourt, t. II, p. 494.
(3) Duranton, t. XI, n. 109. V. cependant M. Demolombe, t. II, n. 628 et suiv.
(4) *De usuris*, quæst. 51, n. 354.
(5) *Constit. de rente*, n. 52.
(6) *Règles du droit français*, p. 590, n. 7.
(7) P. 331, à la note.

bien avoir cours quand le prêt à intérêt, à peine toléré, était vu avec défaveur, mais qui n'ont plus aucune valeur aujourd'hui que la législation le favorise, et y voit un des agents les plus énergiques des transactions civiles et commerciales.

1862. Mais c'est une question que de savoir si celui qui a fait un prêt à intérêt, dont le capital doit échoir à une époque déterminée, pourrait être contraint de recevoir, avant l'échéance, le capital auquel on aurait ajouté les intérêts jusqu'au jour du payement. Voët enseigne l'affirmative, en décidant que le prêt à intérêt ne peut être remboursé avant le terme, à moins que le débiteur ne veuille payer l'intérêt jusqu'au terme (1). M. Duranton se prononce dans le même sens (2). Mais la négative me paraît préférable, et je crois, avec M. Toullier (3), que le payement anticipé du capital et des intérêts, pouvant causer préjudice au créancier qui se trouverait embarrassé de garder un capital dont il ne devait disposer qu'au terme fixé par la convention, et pour lequel il n'aurait aucun placement sûr, ce créancier est fondé à refuser tout remboursement anticipé, alors même qu'il lui serait fait offre des intérêts jusqu'au terme.

1863. Lorsque d'un commun accord une somme due est payée avant l'échéance du terme, il arrive ordinairement, surtout dans les obligations commerciales, que le capital dû n'est payé que sous déduction de l'escompte *interusurium*, c'est-à-dire défalcation faite des intérêts du capital à partir de l'époque du payement jusqu'à celle de l'échéance.

Mais lorsque la somme due à terme est payée par erreur avant l'échéance, le débiteur qui, ainsi que nous l'avons déjà vu (4), ne peut la répéter, peut-il du moins répéter l'escompte?

La question est controversée. Dans l'ancien droit, la négative était unanimement adoptée par les docteurs, soit au point de vue du droit romain, soit au point de vue du droit français. Ainsi, Voët (5) et Perezius (6) décidaient que le débi-

(1) Lib. XII, tit. 1, n. 20, *De rebus cred.*
(2) T. XI, n. 109.
(3) T. VI, n. 677.
(4) Voy. *sup.*, n. 1845.
(5) *Ad Pandectas*, tit. *De condict. indeb.*
(6) *Ad Cod.*, *eod. tit.* n. 5.

teur qui anticipe sur le terme d'échéance n'a aucune action en répétition de l'escompte, en se fondant sur ce que l'escompte ou l'intérêt doit suivre le sort du capital dont il est l'accessoire; et sur ce que le payement, qui transporte au créancier la propriété de la chose payée, lui transporte par la même raison les avantages et l'utilité de cette chose : *Quo casu ne quidem interusurii medii temporis repetitionem verius puto cùm enim principale debitum repeti non possit, utique nec interusurii, tanquam accessorii, ratio habebitur ; nam statim ac solutione in creditorem translatum est dominium, per consequens etiam commodum et utilitatem dominii ei acquiritur.* Pothier se prononçait dans le même sens, en se fondant sur un motif qui n'aurait pas aujourd'hui la même valeur que de son temps, et qui consiste à dire que l'escompte, n'étant pas plus licite que l'intérêt du prêt, ne peut pas plus être demandé qu'il ne peut être stipulé (1). Sous le Code civil, M. Delvincourt a également adopté la négative pour le cas où, lors de la convention, les intérêts n'ont pas été joints au capital, et où le créancier est exempt de dol (2). Mais M. Duranton (3) a très-vivement soutenu l'opinion contraire par des motifs qui se réduisent en substance à dire que celui qui paye avant le terme paye plus qu'il ne doit, puisque, payant le capital entier, il se prive de l'utilité de ce capital pendant tout le temps intermédiaire : *Plus est enim statim aliquid dare; minus est post tempus dare;* d'où il conclut que le débiteur est fondé à répéter comme indu l'escompte qui représente l'utilité et le profit présumé du capital (4).

Quelque équitable que cette solution paraisse au premier abord, je ne la crois conforme ni aux principes du droit ni aux dispositions législatives qui concernent les effets du payement anticipé, ni même aux règles de la justice.

Celui qui doit une somme d'argent, doit cette somme telle qu'elle a été exprimée et stipulée par la convention. Si vous

(1) De l'action *condictio indebiti*, n. 151.
(2) T. II, p. 490.
(3) T. XI, n. 113.
(4) V. aussi M. Demolombe, t. II, n. 634 et suiv.

m'avez promis 1,000 fr. payables à telle époque, vous me devez 1,000 francs! Si, sans qu'il y ait dol de ma part, et par une erreur ou une négligence qui vous est personnelle, vous me payez avant le terme, à quel titre prétendriez-vous répéter l'escompte? Vous m'avez, dites-vous, donné plus que vous ne me deviez. — Nullement. Vous me deviez 1,000 fr. et vous ne m'avez payé que 1,000 francs. — J'ai reçu, dites-vous, outre les 1,000 fr., l'utilité de cette somme et sa jouissance jusqu'au terme. Mais si cette somme m'est actuellement inutile, si je n'en ai pas l'emploi, pourquoi vouloir que je vous tienne compte de l'intérêt que je n'en tirerai pas, que rien ne m'oblige à en tirer, que peut-être vous n'en auriez pas tiré, et que je devienne ainsi l'assureur d'un bénéfice éventuel? Dans ce système, le débiteur qui est embarrassé du capital qu'il doit restituer à une échéance encore éloignée, qui n'en trouve pas l'emploi, au lieu de le conserver improductif, n'aurait rien de mieux à faire que de rembourser le créancier contre lequel il formerait ensuite une action en répétition de l'intérêt ou de l'escompte, et qui deviendrait ainsi un véritable emprunteur de sa propre chose. A quel taux d'ailleurs l'escompte serait-il dû ? Au taux de l'intérêt légal? Mais il ne s'agit point ici d'une somme prêtée ou due, car le débiteur, en payant, ne prête rien au créancier, et le créancier qui a reçu ne lui doit rien. Si le débiteur avait le droit de répéter la représentation de l'utilité de la somme, il faudrait donc que les juges appréciassent cette utilité, et comme, lorsqu'on stipule une somme à payer à une époque un peu éloignée, on ne sait même pas quelle valeur on aura à payer (1), il en résulte que, pour apprécier cette utilité, les tribunaux seraient obligés de se livrer aux évaluations les plus arbitraires et les plus complexes. C'est là un système inadmissible. Aussi le Code civil ne l'a-t-il pas admis. L'article 1186, en disposant que ce qui a été payé d'avance ne peut être répété est précis dans sa généralité, et ne fait aucune distinction entre les diverses parties dont se compose la somme payée: interdit donc la répétition pour la partie comme pour le to Et ce qui achève de démontrer que le Code n'a jamais

(1) J. B. Say, *Cours d'écon. pol.*, t. I, p. 405 (édition Guillaumin).

tendu admettre la répétition partielle, c'est l'article 1188; suivant lequel le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou que, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Dans ce cas, il est manifeste que le débiteur, qu'un fait de force majeure et involontaire prive du bénéfice du terme, n'est pas fondé à prétendre qu'il n'est tenu de payer que sous la déduction de l'escompte. Comprendrait-on, dès lors, comment celui qui, en payant volontairement ou par erreur, renonce au bénéfice du terme, pourrait se trouver dans une position autre que celui qui en est privé? Dans le premier cas, c'est la loi qui supprime le terme; dans le second cas, c'est le débiteur qui y renonce; mais, de même que, dans le premier cas, on doit payer intégralement, de même aussi, dans le second, après avoir payé, on ne peut rien répéter. M. Duranton critique, il est vrai, la disposition de l'article 1188; mais, outre que cette critique ne me paraît pas fondée, et que l'article 1188 se coordonne parfaitement avec l'article 1186 et les principes établis par Voët et Perezius, la disposition critiquée existe, et c'est dès lors un droit et un devoir d'en tirer toutes les déductions légales qu'elle comporte. Je pense donc, contrairement à l'avis de M. Duranton, que celui qui a payé avant l'échéance n'est pas fondé à répéter l'escompte (1).

1864. Et cette solution doit être suivie, non-seulement en matière civile, mais encore en matière commerciale. Il est bien vrai que les commerçants ne conservent pas ordinairement leur argent à ne rien faire, et que le créancier commerçant, remboursé avant l'échéance, fera en sorte de tirer profit de son capital; mais rien ne prouve qu'il puisse parvenir de suite à lui trouver un emploi utile et lucratif. C'est là d'ailleurs une circonstance de fait et purement accidentelle qui ne saurait influer sur l'application des principes. D'ailleurs, l'article 1188, qui fait résulter la déchéance du terme d'un fait commercial, de la déclaration de faillite, n'autorisant pas le débiteur à retenir l'escompte, on doit reconnaître, par voie

(1) V. M. Larombière, t. II, sur l'art. 1186.

d'analogie, que lorsqu'une créance commerciale a été payée par anticipation le débiteur n'est pas fondé à répéter l'escompte.

1865. Cependant, s'il était avoué et reconnu que les intérêts d'une somme due ont été réellement joints au principal pour former le total de la somme portée dans l'obligation, le débiteur qui aurait payé par erreur avant l'échéance serait fondé à répéter les intérêts pour le temps intermédiaire. Si, quand je vous prête 1,000 fr. pour deux ans, productifs d'intérêt à 6 p. 100, vous me souscrivez une obligation de 1,120 francs, comprenant ainsi dans l'obligation le capital et les intérêts, et si, au lieu d'attendre l'échéance, vous me payez par erreur à la fin de la première année, vous serez en droit de me répéter les 60 francs qui forment les intérêts de la seconde, parce que, en ce qui touche ces intérêts, il n'y a pas payement anticipé, mais payement d'une chose non due. Je me réunis sur ce point à l'opinion de M. Duranton (1).

1866. De même encore, s'il y avait eu dol de la part du créancier qui aurait employé des moyens frauduleux pour obtenir un payement anticipé en trompant le débiteur sur l'échéance du terme, celui-ci aurait incontestablement droit à des dommages-intérêts qui pourraient consister dans l'escompte au taux de l'intérêt, ou être même plus considérables suivant les cas, puisqu'ils devraient se mesurer sur le dommage souffert et sur le bénéfice perdu, et que, ne s'agissant pas de l'inexécution d'une obligation bornée au payement d'une certaine somme, les juges ne seraient pas liés par la disposition limitative de l'article 1153 du Code civil (2).

1867. Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme (3) ; c'est la traduction de cet adage : *Qui a terme ne doit rien :* ce qui ne veut pas dire que l'obligation n'existe pas avant l'échéance du terme, mais seulement qu'avant l'échéance du terme on ne peut l'exiger. *Quod in diem stipulamur statim quidem debitur*, dit Justinien dans ses Insti-

(1) T. XI, n. 115 ; M. Delvincourt, t. II, p. 490.
(2) M. Delvincourt, *ibid.*
(3) C. civ., art. 1186.

, *sed peti priusquam dies venerit non potest* (1). Ce n'est pas
gation qui est différée, mais seulement l'exercice de
on : *Dies quamvis differat petitionem, non tamen differt obli-*
ıem (2). La dette existe ; le payement seul est retardé :
ens obligatio est, in diem autem dilata est solutio (3). Il suit
que le créancier qui peut faire des actes conservatoires
n droit, même avant l'accomplissement de la condition
dépend l'obligation (4), peut à plus forte raison en faire
l'échéance du terme (5).

ı8. Il y a plus : le créancier peut même, en certain cas,
r le payement de la dette avant l'échéance du terme.
cle 1188 du Code civil porte, en effet, que le débiteur ne
plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait fail-
ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il
données par le contrat à son créancier ; et l'article 444
ıde de commerce ajoute que le jugement déclaratif de
e rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives
chues.

ınd on accorde un terme à un débiteur, c'est qu'on sait
jusque-là on pourra faire tous les actes conservatoires
saires, et à l'échéance le poursuivre s'il ne paye pas,
sant usage des garanties générales que la loi accorde à
réancier, ou des sûretés particulières stipulées et promi-
ır le contrat. Or, l'événement de la faillite, en substituant
ın générale de la masse à l'action particulière de chacun,
che les créanciers de pouvoir agir isolément, pour la
rvation et la poursuite de leurs droits ; d'autre part, en
nt tous les créanciers sur la même ligne, le système de
inistration des faillites et de la distribution de l'actif
tous les créanciers conduit nécessairement à effacer
distinction résultant d'un terme de payement. Aussi,
ıt temps, la faillite a-t-elle produit cet effet de rendre

3, tit. XXXV, § 2.
ırezius, *Ad codicem*, *De condict. indeb.*, n. 4.
ıul, l. 46, ff. liv. XLV, tit. I.
civ., art. 1180. — Voy. *sup.*, n. 1780.
ıullier, t. VI, n. 662 et suiv. ; M. Demolombe, t. II, n. 610.

exigibles les dettes non échues. La Rote de Gênes (1) et tous les commentateurs rappelés par Straccha (2) avaient constaté ce fait jurisprudentiel, *quod secutâ rupturâ seu decoctione, creditores possunt de creditis agere antè diem.* — *Eodem momento*, dit Casageris (3), *quo mercator decoquit aut reperitur in statu imminenti decoquendi, creditor, quamvis in diem, efficitur purus creditor ac si non esset in diem.* Mais aujourd'hui, à la différence de ce qui se pratiquait du temps de Casaregis, il ne suffit pas que la faillite du débiteur soit imminente, il faut qu'elle soit déclarée par jugement (4), parce que c'est la faillite déclarée qui seule produit les effets légaux attachés à cet accident commercial (5).

La faillite rend exigibles les dettes non échues, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dettes civiles et les dettes commerciales, puisque les unes et les autres sont placées sous le même régime, et que les créanciers civils, comme les créanciers commerciaux, sont privés de leurs actions personnelles, et ne peuvent plus agir que par l'intermédiaire des syndics qui représentent la masse des intérêts de tous les créanciers.

Il n'y a pas lieu de distinguer non plus entre les dettes purement chirographaires et les dettes hypothécaires ou privilégiées, parce que, pour arriver au partage de l'actif entre les créanciers chirographaires, il faut commencer par liquider les créances de ceux qui prétendent avoir sur cet actif un droit de gage ou de privilége (6).

Lorsque la dette non échue est solidaire, elle ne devient exigible qu'à l'égard du failli : les autres codébiteurs ne sont

(1) Décis. 107.

(2) *De decoc.*, part. III, n. 54.

(3) *Disc.* 135, n. 12.

(4) C. com., art. 444.

(5) Voy. t. II, n. 1166. — Un arrêt de la cour de Bordeaux du 10 décembre 1832, S., 33, 2, 488, a jugé qu'il suffisait que la faillite fût *notoire*, bien que non déclarée par jugement, pour que les dettes devinssent exigibles. Mais cette doctrine, erronée en soi, serait aujourd'hui diamétralement contraire au texte de l'art. 444 de la loi de 1838 sur les faillites, qui est beaucoup plus précis que l'ancien art. 448 sous l'empire duquel a été rendu l'arrêt précité.

(6) M. Demolombe, t. II, n. 659, Paris, 23 juin 1859, S., 60, 2, 128; Agen, 29 fév. 1866, S., 66, 2, 151, D., 67, 2, 72.

›as déchus du bénéfice du terme conventionnel ; mais, en cas le faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur l'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, es autres obligés sont tenus de donner caution pour le payenent à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatenent (1). Le porteur du billet à ordre ou de la lettre de change loit alors faire protester l'effet que la faillite a rendu exigible, ›uis exercer son recours contre les autres obligés, comme si a dette était échue, pour obtenir, soit le payement immédiat, oit une caution (2).

1869. La déconfiture, comme la faillite, prive le débiteur ıon commerçant du bénéfice du terme, non parce que la déonfiture constituerait, comme la faillite, une manière d'être oumise à des règles spéciales, et participerait généralement ux mêmes effets que la faillite, mais parce que la déconfiture st l'état d'un débiteur dont les biens meubles et immeubles ıe suffisent pas à ses créanciers apparents (3), dont le passif urpasse l'actif, et qui par suite se trouve dans l'impossibi.té de payer la totalité de ses dettes, de telle sorte que et état anéantit de fait les sûretés générales que la loi proıettait aux créanciers. Aussi, M. Bigot de Préameneu, dans on exposé des motifs de l'article 1138, met-il la déconfiture ur la même ligne que la faillite, et fait-il produire à l'une et l'autre les mêmes effets quant à l'exigibilité des dettes non chues (4).

1870. L'article 1188 dispose de plus, d'une manière générale, que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du

(1) C. com., art. 444. — La cour de cassation a jugé le 5 août 1858 (S.,), 1, 136) que celui qui n'a endossé un billet à ordre qu'en vue de garantir ›lidairement l'exécution d'un traité fait entre le souscripteur et le porteur ; qui a été condamné comme obligé solidaire, ne peut être admis à jouir du énéfice du terme au cas de faillite du souscripteur : il n'est pas au nombre ›s coobligés autres que celui dont parle l'art. 444, C. com.

(2) C. com., art. 163.

(3) *Coutume de Paris*, art. 180.

(4) Toulouse, 28 nov. 1835, S., 36, 2, 151 ; D., 36, 2, 41 ; Cass., 13 mars 845, *ibid.*, 45, 1, 601; Orléans, 30 avril 1846, *ibid.*, 46, 2, 615; Nîmes, mars 1862, S., 63, 2, 15 ; Toullier, t. VI, n. 670 ; Marcadé sur l'art. 1188 ; . Demolombe, t. II, n. 664 ; M. Larombière, t. II, sur l'art. 1188.

terme, lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Ces sûretés peuvent avoir été la cause déterminante, non-seulement de la convention, mais encore du terme; il est donc naturel, lorsque ces sûretés disparaissent, que le débiteur ne puisse plus se prévaloir du terme dont elles étaient le motif.

Mais il est à remarquer que la diminution des sûretés n'opère la déchéance du terme que lorsque cette diminution est du fait du débiteur. Si elle provenait d'un cas fortuit ou de force majeure, le débiteur pourrait encore réclamer le bénéfice du terme. Il en serait de même si les clauses accessoires par lesquelles les sûretés sont stipulées étaient annulées par les tribunaux, même sur la demande du débiteur, qui, en demandant cette nullité, ne ferait qu'user de son droit.

Il faut encore remarquer que l'article 1188 parle des sûretés données par le contrat; d'où il faut conclure que la diminution des sûretés générales et de droit que la loi donne à tout créancier, n'opérerait pas la même déchéance. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation le 4 janvier 1870 (1), que le débiteur qui vend son fonds de commerce ne perd pas par ce seul fait le bénéfice du terme, lorsqu'il n'appert d'aucune convention que le débiteur ait d'avance renoncé au bénéfice du terme pour le cas où il viendrait à vendre son fonds avant l'échéance de la dette. Mais, comme on le voit, la loi ne parle ici que de la diminution des sûretés. Quand, au contraire, elles sont complétement anéanties, comme au cas de faillite ou de déconfiture, il n'y a plus lieu de rechercher si cet anéantissement provient du fait du débiteur ou d'un cas fortuit: dans l'un et l'autre cas, le débiteur est déchu du bénéfice du terme (2).

Du reste, l'éventualité d'une diminution des sûretés stipulées ne suffit pas pour opérer la déchéance du terme. Il faut que cette diminution soit actuelle et réelle, en un mot, que la position du créancier soit changée, de telle sorte qu'en supposant le terme déjà arrivé, il se trouvât dans l'impossibi-

(1) D., 70. 1. 11.
(2) Toullier. t. VI, n. 670.

lité de se prévaloir des garanties qui lui avaient été promises et d'exercer les droits qui lui avaient été assurés.

1871. Il suit de là que le signataire de plusieurs billets à ordre ne peut être condamné à payer les billets non échus ou à donner caution pour le payement, par cela seul qu'il n'a pas payé à son échéance un des billets échus, lorsque d'ailleurs il n'a point autrement diminué les sûretés données à son créancier et qu'il n'est point en faillite (1).

1872. Au contraire, dans le cas de non-acceptation d'une lettre de change, le tireur et les endosseurs sont respectivement tenus, sur la notification qui leur est faite du protêt faute d'acceptation, de donner caution pour assurer le payement de la lettre de change à son échéance, ou d'en effectuer le remboursement (2), parce que le défaut d'acceptation est une diminution réelle des sûretés promises au porteur, qui se trouve privé d'un des débiteurs sur lequel il comptait : *Cum protesto acceptationis litterarum non secutæ, potest statim agere contrà scribentem ut sibi interim cautionem idoneam præstet de solvendo, adveniente tempore solutionis* (3).

Il ne faut pas confondre avec les sûretés certains avantages stipulés par le contrat, dont la privation ne pourrait donner lieu qu'à la résolution du contrat pour défaut d'accomplissement des conditions ou des engagements convenus. Il n'y aurait pas même lieu de demander cette résolution si les avantages stipulés étaient illicites aux yeux de la loi. C'est en ce sens qu'il a été fort bien jugé que le créancier qui, après avoir stipulé des intérêts usuraires, est condamné à en souffrir la réduction au taux légal, ne peut prétendre que l'inexécution de la clause stipulée doive rendre exigible le capital de la créance (4) : autoriser le créancier à exiger le remboursement du capital, serait punir l'emprunteur de la faute commise par le prêteur.

(1) Douai, 28 avril 1809, S., 6, 2, 61.
(2) C. com., art. 120.
(3) Casaregis, *Disc.* 54, n. 43.
(4) Montpellier, 14 juillet 1813, S., 4, 2, 341 ; D., 15, 2, 94 ; M. Chardon, *De l'usure*, n. 493.

1872 *bis*. Il est d'ailleurs à remarquer que la déchéance du terme encourue par le débiteur principal n'atteint pas la caution, soit qu'elle ait stipulé des conditions particulières d'exigibilité (1), soit que les termes soient les mêmes pour la caution et pour le débiteur (2) ; et sans qu'il y ait lieu de distinguer dans ce dernier cas si la déchéance provient de la faillite ou de la déconfiture du débiteur, ou si, elle provient de ce que par son fait il aurait diminué les sûretés promises par le contrat (3). La caution d'une obligation à terme n'a entendu en garantir l'exécution que pour l'époque fixée par la convention. Lors donc que, par son propre fait, elle n'a pas encouru la déchéance du terme, on ne peut lui opposer la déchéance encourue par le débiteur principal, pour la contraindre à payer avant l'échéance du terme convenu, parce que ce serait lui demander plus que ce à quoi elle a voulu s'obliger (4).

1873. Tout ce qui précède sur la déchéance du terme est relatif au terme de droit. Il y a des règles particulières sur la déchéance du terme de grâce. Ces règles se trouvent dans l'article 124 du Code de procédure, suivant lequel le débiteur ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers ; s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il s'est constitué prisonnier ; ni enfin lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

Il résulte de cet article que, dans tous les cas où le débiteur est déchu du délai de droit, il est déchu du délai de grâce. Mais, il n'est pas déchu du délai de droit dans tous les cas où il est déchu du délai de grâce. Il est déchu du délai de grâce,

(1) Nîmes, 18 mars 1862, S., 63, 2, 5 ; M. Larombière, sur l'art. 1188, n. 22.

(2) V. en sens contraire M. Larombière, *ibid.*, qui pense que dans ce cas la déchéance atteint la caution comme le débiteur principal, parce que la caution s'est engagée à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

(3) V. Duranton, t. XI, p. 120, qui, faisant cette distinction, n'admet la caution à profiter du bénéfice du terme que dans le cas de faillite ou de déconfiture du débiteur principal.

(4) M. Demolombe, t. II, n. 707. — V. aussi Pothier, *Des oblig.*, n. 226.

si ses biens sont vendus à la requête de ses créanciers, s'il est en état de contumace ou s'il s'est constitué prisonnier. Ces diverses circonstances rendent le débiteur indigne du terme que les juges ne peuvent lui accorder qu'en considération de sa position (1); mais, quand elles ne produisent pas, soit la faillite ou la déconfiture, soit une diminution imputable au débiteur des sûretés promises par le contrat, elles n'opèrent pas la déchéance du terme de droit, laquelle ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par l'article 1188 du Code civil (2).

SECTION III. — DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

SOMMAIRE. — 1874. De l'obligation simple et de l'obligation composée. — 1875. De l'obligation conjonctive. — 1876. De l'obligation alternative. — 1877. De l'obligation facultative. — 1878. Différences entre l'obligation alternative et l'obligation facultative. — 1879. A qui appartient le choix dans les obligations alternatives. — 1880. Du risque de la chose dans les obligations alternatives de donner : en principe général, les choses sont aux risques du débiteur. Règles diverses. — 1881. Peu importe le nombre des choses dues. — 1882. Perte de l'une des choses promises... sans la faute du débiteur. — 1883... Par la faute du débiteur. — 1884. Perte des deux choses promises... sans la faute du débiteur. — 1885... Par la faute du débiteur. Perte successive. — 1886. Perte simultanée. — 1887. Du risque et de la perte dans les obligations facultatives. — 1888. De la détérioration des choses alternativement dues. — 1889. Du cas où les choses ne peuvent plus être faites, dans les obligations alternatives de faire.

1874. Les obligations peuvent avoir pour objet une seule chose déterminée ou plusieurs choses déterminées. Dans le premier cas, l'obligation est simple; dans le second, elle est composée.

1875. L'obligation composée est conjonctive ou alternative.

Elle est conjonctive, quand le débiteur est tenu, en vertu du même titre, de donner ou de faire plusieurs choses distinctes et indépendantes les unes des autres, de telle sorte qu'en donnant ou en faisant une de ces choses, il ne soit pas libéré de l'obligation de donner ou de faire les autres (3).

(1) C. civ., art. 1244.
(2) Toullier, t. VI, n. 672; Duranton, t. XI, n. 117.
(3) L. 29, ff. *De verb. oblig.*

1876. Elle est alternative, lorsqu'en donnant ou en faisant l'une des choses qui sont dans l'obligation, le débiteur se libère de l'obligation de donner ou de faire les autres (1).

1877. Il ne faut pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation facultative. Dans l'obligation alternative, les diverses choses qui en font l'objet sont dans l'obligation, en ce sens que l'obligation comprend plusieurs choses, bien que le débiteur puisse se libérer par l'accomplissement d'une seule de ces choses, tandis que l'obligation facultative n'a qu'une seule chose pour objet, dont le débiteur a la faculté de se libérer en faisant ou en donnant une autre chose.

1878. De là cette différence capitale, quant aux effets, entre l'obligation alternative et l'obligation facultative, que, dans la première, si l'une des deux choses promises ne peut faire le sujet d'une obligation, l'obligation n'en est pas moins valable quant à l'autre chose, et dégénère seulement en obligation pure et simple (2); tandis que dans l'obligation facultative, si la chose promise ne peut faire le sujet d'une obligation, l'engagement est nul, même à l'égard de la chose par la prestation de laquelle le débiteur avait la faculté de se libérer.

Il suit encore de là que, pour déterminer la nature mobilière ou immobilière, divisible ou indivisible d'une obligation facultative, on doit avoir égard uniquement à la chose promise, sans tenir compte de celle au moyen de laquelle le débiteur a la faculté de se libérer; tandis que le caractère de l'obligation alternative reste en suspens jusqu'à la demande qui la détermine, si le choix appartient au créancier, ou jusqu'au payement, si le choix appartient au débiteur (3).

Enfin, dans les obligations alternatives laissées au choix du débiteur, le créancier doit comprendre dans sa demande toutes les choses qui sont l'objet de l'obligation, en laissant au débiteur le choix de payer celle que bon lui semblera; tandis que, dans les obligations facultatives, le créancier ne peut demander que la chose qui seule est comprise dans l'o-

(1) C. civ., 1189; Pothier, n. 245.
(2) C. civ., 1192.
(3) Toullier, t. VI, n. 700; Duranton, t. XI, n. 156, note, et 157.

›ligation, sauf au débiteur à se libérer avec une autre chose, ›n usant de la faculté qui lui est laissée (1).

1879. Dans les obligations alternatives le choix appartient ›u débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créan- ›ier (2). Quand le débiteur a le choix, il peut donc se libé- ›er en donnant une des choses promises, sans que le créancier ›uisse exiger l'une plutôt que l'autre; mais le débiteur ne ›eut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et ›ne partie de l'autre (3). Et réciproquement, lorsque le ›réancier a le choix, il ne peut exiger partie de l'une et partie ›e l'autre (4).

1880. L'obligation alternative de donner n'a pas pour objet ›ne seule chose déterminée, mais plusieurs choses qui, bien ›ue déterminées individuellement, sont indéterminées, eu ›gard au but final de l'obligation, puisqu'il est incertain ›aquelle des choses qu'elle comprend sera livrée au créancier ›t libérera le débiteur. De là résulte ce principe général que, ›endant l'alternative, toutes les choses dues sont aux risques ›u débiteur, à moins qu'elles ne viennent toutes à périr sans ›a faute, ainsi que nous le verrons tout à l'heure (5). Mais ›'application de ce principe soulève des questions fort com- ›liquées, soit quand une des choses seulement vient à se ›erdre, soit quand elles se perdent toutes : questions qui consis- ›ent principalement à savoir quelles sont les conséquences de ›a perte sur le droit d'option qui appartient, soit au débiteur, ›oit au créancier. Le Code civil donne sur ce sujet des règles ›ui sont loin d'être complètes. Je vais les exposer en cher- ›hant à suppléer à son silence et à combler ses lacunes.

1881. Pour simplifier cette exposition, nous supposerons que ›'alternative ne porte que sur deux choses : les mêmes règles ›'appliqueraient au cas où il y aurait plus de deux choses com- ›rises dans l'obligation (6).

(1) Duranton, t. XI, n. 156.
(2) C. civ., art. 1190.
(3) C. civ., art. 1191.
(4) Pothier, n. 247 ; Duranton, t. XI, n. 138 et 139 ; M. Demolombe, . III, n. 64 et 65.
(5) Voy. *inf.*, n. 1884.
(6) C. civ., art. 1196.

1882. Aux termes de l'article 1193 du Code civil, l'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt sans la faute du débiteur, et ne peut plus être livrée : il n' y a plus d'alternative dès qu'il ne reste plus qu'une des deux choses qui étaient dans l'obligation. Le débiteur ne pourrait donc pas offrir le prix de la chose périe, ni le créancier l'exiger (1), parce que la chose qui reste est seule due. Dans ce cas, la chose périe se trouvant placée, par le fait de la perte, en dehors de l'obligation, périt pour le compte du créancier (2).

1883. Si l'une des choses périt par la faute du débiteur, il faut distinguer entre le cas où le choix appartient au débiteur et celui où il appartient au créancier.

Dans le premier cas, le débiteur qui a le choix, et qui peut se libérer en donnant l'une ou l'autre chose, à sa volonté, ne répond que vis-à-vis de lui-même de la perte d'une de ces choses. Il a la faculté de disposer de l'une; il peut, conséquemment, la laisser perdre, sans que le créancier ait le droit de s'en plaindre. Soit qu'il en dispose, soit que par sa négligence elle vienne à se perdre, c'est de sa part un moyen de manifester son option et de déterminer la chose due. Il ne doit donc que la chose qui reste, sans pouvoir offrir autre chose, et sans que le créancier puisse exiger davantage (3).

Dans le second cas, c'est-à-dire si le choix appartient au créancier, celui-ci peut, aux termes de l'article 1194, demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe; et cela est de toute justice: le débiteur ne peut par son fait empêcher le créancier d'exercer son option. Le prix alors représente la chose qui a cessé d'exister, et l'obligation continue d'être alternative.

1884. Il y a d'autres règles pour le cas où les deux choses viennent à périr. Ces règles varient selon que le débiteur est en faute, et selon qu'il en est exempt.

Les choses comprises dans l'obligation étant déterminées,

(1) C. civ. 1194.
(2) C. civ., 1138. Voy. *sup.*, n. 1619 et suiv.
(3) C. civ., 1193 et 1194.

en résulte que, si elles viennent à périr toutes les deux sans faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure, son obli-ition est éteinte (1); en d'autres termes, les choses périssent ›ur le compte du créancier auquel la convention qui obli-›ait le débiteur à lui donner l'une ou l'autre avait conféré ıe propriété alternative (2). Si donc je vous consens la vente ternative d'un cheval ou d'un bœuf, et que le cheval et le œuf viennent à périr sans ma faute, et avant que vous ne 'ayez mis en demeure de vous livrer l'un ou l'autre, la perte it pour votre compte, de telle sorte que vous devez me payer prix si vous en êtes encore redevable, et que vous n'avez ıcune action en répétition si vous me l'avez payé. Il en est nsi, soit que le choix appartienne au débiteur, soit qu'il ›partienne au créancier, puisque, les deux choses étant pé-es sans qu'il y ait de la faute de personne, le choix de l'un e peut pas plus s'exercer que le choix de l'autre.

1885. Si, au contraire, le débiteur est en faute, il y a lieu de istinguer, de nouveau, entre le cas où le choix appartient au ébiteur et celui où il appartient au créancier.

Dans le premier cas, si les deux choses sont péries, et que débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, l'arti-le 1193 veut que le débiteur doive le prix de celle qui a péri ı dernière, alors même qu'il ne serait pas en faute à l'égard e cette chose, mais seulement à l'égard de celle qui a péri la remière. Quoi qu'on en ait dit, cette disposition est de toute ıstice (4). En effet, le débiteur doit le prix de l'une et de autre chose, et répond de toutes les deux, parce que l'une t l'autre sont dans l'obligation. Et comme d'un autre côté il le droit, en disposant de l'une des deux choses, de quelque ıanière que ce soit, de concentrer l'obligation sur celle qui este, il en résulte que, si cette dernière vient à périr, même ans la faute du débiteur, l'indemnité par lui due est déter-ıinée par la valeur de cette chose, parce que c'est de cette

(1) C. civ., 1302.
(2) C. civ., 1138. Voy. *sup.*, n. 1619 et suiv.
(3) C. civ., 1195.
(4) Duranton, t. XI, n, 144; Delvincourt, t. II, p. 495, notes; M. Demo-ombe, t. III, n. 81.

chose qu'il était devenu débiteur et qu'il était demeuré responsable. Le débiteur ne peut donc offrir le prix de la chose qui a péri la première, pas plus que le créancier ne peut l'exiger (1).

A plus forte raison en serait-il de même si les deux choses avaient péri par le fait du débiteur.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le choix appartient au créancier, si le débiteur est en faute à l'égard des deux choses péries, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, l'article 1194 veut que le créancier puisse demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix. Cette disposition est encore de toute justice, quand les deux choses ont péri successivement par la faute du débiteur. Elle est également juste, quand celle des deux choses qui a péri la première est périe par la faute du débiteur, parce qu'il ne dépendait pas de lui, en la laissant perdre, de limiter le choix du créancier, et de restreindre sa propre responsabilité à l'autre chose. Mais cette disposition est moins facile à justifier, lorsque le débiteur n'est en faute qu'à l'égard de celle qui a péri la dernière. En effet, comme nous l'avons déjà vu, si l'une des choses vient à périr sans la faute du débiteur, l'obligation devient pure et simple, et se concentre sur celle qui reste. Si donc celle-ci vient ensuite à périr par la faute du débiteur, il ne peut régulièrement devoir que le prix de cette chose, puisqu'il ne devait que cette chose. C'est donc à tort que, dans ce cas, l'article 1194 permet au créancier de choisir entre le prix de l'une ou de l'autre chose. Cependant, la loi étant précise sur ce point, il faut s'y soumettre. Je pense même, contrairement à l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitevin (2), que cette loi doit être suivie aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile. L'article 1194 pose ici une règle générale à laquelle aucune disposition expresse ou tacite, soit du Code civil, soit du Code de commerce, ne déroge pour les cas commerciaux; et pas plus en matière commerciale qu'en matière civile, les tribunaux ne sont juges de l'équité de la loi : *Lex quamvis irrationabilis, dummodò sit clara, servanda est*, dit Casaregis,

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 315.

(2) T. III, p. 322.

dont MM. Delamarre et Lepoitvin invoquent eux-mêmes la doctrine sur une question analogue (1).

1886. Jusqu'ici nous avons raisonné dans l'hypothèse où les deux choses ont péri successivement par la faute ou par le fait du débiteur : c'est la seule dont s'occupe le Code civil. Il nous reste à voir ce qui a lieu lorsqu'elles se perdent simultanément.

Alors, si le choix appartient au créancier, il est de toute évidence que la faute du débiteur ne change pas sa position, et qu'il peut opter entre le prix de l'une ou l'autre chose. C'est l'opinion de M. Delamarre et Lepoitvin (2).

Je pense de même que le débiteur, si le choix lui appartient, a encore le choix entre l'un et l'autre prix des deux choses qui ont péri par sa faute, ces choses étant représentées par leurs prix. Ici les auteurs que je viens de citer sont d'une opinion contraire (3), et accordent au créancier le droit d'exiger le prix moyen des deux choses : ils se fondent sur ce que le débiteur, en laissant périr les deux choses, ou en disposant indûment de l'une et de l'autre, s'est privé lui-même de la faculté de choisir, puisqu'on ne sait pas laquelle des deux il aurait donnée. Mais cette solution de la difficulté me paraît dénaturer le contrat, en transportant en quelque sorte, et sans nécessité, le droit d'option du débiteur au créancier. Sans doute la perte des deux choses met le débiteur dans l'impossibilité de choisir entre elles ; mais tenu de réparer sa faute, et conséquemment de rapporter le prix des choses qu'il s'est mis dans l'impossibilité de représenter, je ne vois pas pourquoi il ne pourrait pas choisir entre les deux prix qu'il offre de représenter, comme il aurait pu choisir entre les deux choses ; sauf, dans ce cas comme dans tous les autres, le droit réservé au créancier d'obtenir tels dommages-intérêts que de raison, pour réparation du préjudice qu'il éprouve de ce que, par la faute du débiteur, l'une des deux choses ne lui est pas livrée en nature (4).

(1) T. III, p. 315. V. aussi M. Demolombe, t. III, n. 89.
(2) T. III, p. 323.
(3) *Ibid.*
(4) M. Demolombe, *ibid.* — V. cependant M. Larombière sur les art. 1193 et 1194.

1887. Si, au lieu d'être alternative, l'obligation était facultative, la perte de la chose due sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure, éteindrait l'obligation, et le créancier n'aurait aucun droit à la chose que le débiteur avait la faculté de donner pour se libérer : nouvelle différence remarquable entre ces deux espèces d'obligation (1).

1888. Tout ce qui précède s'applique au cas de perte absolue; il nous reste à voir ce qui a lieu dans les cas de simple détérioration, sur lesquels Code civil garde encore le silence.

Il faut d'abord remarquer que, si la détérioration est telle que la chose ne puisse plus être employée à l'usage auquel elle est propre, les règles relatives à la perte gouvernent la détérioration.

Mais s'il s'agit d'une détérioration simple ou d'une diminution, ces règles se modifient sous l'impression de cette circonstance, que la détérioration, à la différence de la perte, laisse la chose à la disposition des parties, et n'est pas un obstacle absolu à l'exercice de l'option qui appartient à l'une ou à l'autre.

Ici encore, il faut distinguer entre le cas où le choix appartient au débiteur, et le cas où il appartient au créancier.

Si le choix appartient au débiteur, et que l'une des deux choses se soit détériorée par sa faute, il ne peut se libérer en offrant au créancier la chose détériorée. Dans ce cas, la détérioration, soit qu'elle provienne de la volonté du débiteur, soit qu'elle provienne de sa négligence, doit être considérée comme la manifestation de son choix; et le droit du créancier se fixe alors sur la chose restée entière.

Quand, au contraire, le débiteur auquel le choix appartient n'est pas en faute, il conserve le droit de se libérer en délivrant à son choix la chose détériorée ou celle qui est restée entière; mais comme, ainsi que le font très-bien remarquer MM. Delamarre et Lepoitvin, il est chargé du risque pendant toute la durée de l'alternative, il ne pourrait se libérer au moyen

(1) Voy. *sup.*, n. 1877 et suiv.

de la chose détériorée, qu'en tenant compte au créancier de l'estimation du dommage (1).

Si le choix appartient au créancier, la détérioration de l'une des deux choses n'apporte aucun obstacle à la faculté d'opter. Si donc il opte pour la chose détériorée, il n'a droit à une indemnité pour la moins-value résultant de la détérioration, que si le débiteur est en faute, puisqu'en optant pour l'autre chose il pouvait recevoir une chose saine et entière.

Si les deux choses se détériorent, le débiteur qui a le choix peut se libérer en livrant l'une ou l'autre, de même que le créancier, si le choix lui appartient, peut choisir entre les deux. Mais comme pendant l'alternative, les deux choses étaient aux risques du débiteur, celui-ci doit indemniser le créancier, sans distinction entre le cas où il est sans faute, et le cas où il y a une faute à lui imputer.

1889. Terminons en faisant remarquer que les règles ci-dessus exposées sur les effets de la perte dans les obligations de donner sont les mêmes dans les obligations de faire. Tout ce que nous avons dit pour le cas où les choses alternativement dues ne peuvent plus être données par la faute ou sans la faute du débiteur, s'applique évidemment au cas où les choses dues ne peuvent plus être faites.

SECTION IV. — DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSE PÉNALE.

SOMMAIRE. — 1890. De la clause pénale. — 1891. Différence entre l'obligation avec clause pénale et l'obligation alternative. — 1892... Et l'obligation facultative. — 1893. Effets de la nullité de l'obligation principale sur la validité de la clause pénale. — 1894. *Quid*, en cas d'annulation pour défaut de publication d'un acte de société dans lequel est insérée une clause pénale pour le cas où la société viendrait à être déclarée nulle. — 1895. La nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation principale. Clause pénale entachée d'usure. — 1896. Les clauses pénales ne sont autre chose que des dommages-intérêts stipulés d'avance. Conséquences.

1890. La clause pénale est une convention par laquelle un débiteur, pour assurer l'exécution d'une obligation, s'en-

(1) T. III, p. 324.

gage à quelque chose en cas d'inexécution (1). L'obligation avec clause pénale est celle dont l'exécution est assurée par la stipulation de cette prestation accessoire, par exemple, par la stipulation du payement d'une somme d'argent que le débiteur s'engage à payer pour le cas où il ne remplirait pas l'engagement principal.

1891. Toute clause pénale supposant une obligation antérieure et principale à laquelle elle se rattache, l'obligation avec clause pénale se distingue évidemment de l'obligation alternative qui comprend plusieurs obligations également principales, entre lesquelles l'une des parties a le droit de choisir (2).

1892. Elle se distingue également de l'obligation facultative, bien que dans cette dernière on rencontre aussi une obligation principale et une prestation accessoire (3). Dans l'obligation facultative, le débiteur a le droit de se libérer au moyen de la prestation accessoire que la convention met à sa disposition; au contraire, celui qui est obligé sous une clause pénale ne peut se libérer en offrant de se soumettre à l'exécution de cette clause. Malgré son offre, le créancier peut poursuivre et obtenir l'exécution si elle est possible (4); et si elle est impossible, le débiteur, en s'acquittant de la clause pénale, subit une peine qui tient lieu de l'exécution de l'obligation, mais qui n'est pas l'exécution (5). En d'autres termes, la clause pénale n'est autre chose que la compensation des dommages qui résultent pour le créancier de l'inexécution de l'obligation principale (6).

1893. De ce que la clause pénale est une obligation accessoire à une obligation principale, il résulte que la nullité de l'obligation principale doit, en règle générale, entraîner la nullité de la clause pénale, parce qu'il ne peut pas y avoir d'accessoire sans principal (7). Mais cette règle reçoit plu-

(1) C. civ., art. 1226.
(2) Voy. la section qui précède.
(3) Voy. *sup.*, n. 1878.
(4) C. civ., art. 1228.
(5) Voy. *sup.*, n. 1618.
(6) C. civ., 1229. — Voy. *sup.*, n. 1618.
(7) C. civ., art. 1227.

iieurs exceptions. Ainsi, une clause pénale peut être valablement
itipulée pour suppléer à l'absence du lien de droit qui serait
ine cause de nullité de l'obligation principale, par exemple,
lans le cas où une clause pénale a été jointe à une stipulation
)our autrui faite hors des cas dans lesquels les articles 1119
:t 1121 du Code civil la réputent valable (1). Ainsi encore,
ine clause pénale peut être stipulée pour compensation des
lommages-intérêts qui seraient dus par suite de l'annulation
le l'obligation principale : dans le cas, du moins, où cette
iullité n'étant pas d'ordre public, le débiteur aurait pu vala-
)lement y renoncer ; et dans le cas où des dommages-intérêts
)ourraient être dus, à raison d'une cause particulière, no-
ıobstant la nullité de l'obligation principale (2).

1894. C'est à l'aide de ces principes et de ces distinctions
jue se résout la question de savoir si une clause pénale stipulée
lans un acte de société, nul pour n'avoir pas été accompagné
le publications légales, doit néanmoins recevoir son exécu-
ion. Les formalités de la publication des sociétés commerciales
:tant d'ordre public (3), il faut en conclure que les associés ne
)euvent y renoncer, qu'ils ont toujours le droit de demander
a nullité qui résulte de leur inobservation, et conséquem-
nent qu'ils ne peuvent se soumettre à aucune clause pénale
)our le cas où cette nullité serait prononcée (4).

Mais si l'un des associés avait fait des dépenses particulières
)our amener la formation de la société, une clause pénale ou
les dommages-intérêts pourraient être stipulés pour la com-
)ensation de ces dépenses ; et ces dommages-intérêts seraient
lus, nonobstant l'annulation de la société, parce que cette
ınnulation en serait moins la cause que la condition (5).

Enfin, si l'un des associés avait, par son fait, mis l'autre dans
la nécessité de demander la dissolution de la société, il ne

(1) Pothier, *Des oblig.*, n. 339 et 340 ; Toullier, t. VI, n. 814 ; Duranton, t. XI, n. 430 ; M. Merlin, *Répert.*, v° *Peine contractuelle ;* M. Demolombe, t. III, n. 640. — Voy. *sup.*, n. 1714 et suiv.

(2) M. Larombière, sur l'art. 1227 ; M. Demolombe, t. III, n. 642.

(3) Cass., 30 janv. 1839, S., 39, 1, 393.

(4) Paris, 23 déc. 1831, *ibid.*, 31, 2, 57.

(5) Orléans, 3 janv. 1843, *ibid.*, 43, 2, 376.

pourrait se prévaloir, afin de se dispenser de subir la cla[use] pénale stipulée pour le cas de dissolution, de ce que la soci[été] était nulle, faute de publication : la dissolution deman[dée] avant que la nullité ait été proposée fixe les droits et les de-voirs réciproques des parties (1).

1895. L'obligation principale pouvant subsister sans l'obligation accessoire, il en résulte que la nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation à laquelle elle est jointe (2).

C'est ainsi que la loi, qui défend de stipuler des dommages-intérêts excédant le taux légal, n'annule pas l'obligation à laquelle a été jointe une stipulation de dommages-intérêts excessifs, mais ordonne seulement la réduction des intérêts au taux légal (3).

1896. La clause pénale n'étant autre chose qu'une indemnité ou des dommages-intérêts stipulés par avance, il nous suffit de renvoyer, pour les questions qui résultent de cette clause, à la section IV du chapitre III, où nous avons expliqué avec détail les principes relatifs, aux dommages-intérêts et examiné les difficultés qui s'y rattachent. Nous rappellerons seulement ici que la peine n'est encourue qu'autant que le débiteur est en demeure (4); que le créancier ne peut demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard (5); que le juge ne peut accorder des dommages-intérêts supérieurs à la peine stipulée (6), sauf la faculté qui lui appartient de modifier la peine, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie (7) : enfin, que la peine est due au créancier sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte; en d'autres termes, que la peine n'est jamais comminatoire (8) : *Pœna quæ*

(1) Lyon, 27 fév. 1824, *ibid.*, 9, 2, 41.
(2) C. civ., art. 1227.
(3) L. 3 sept. 1807, art. 3. — Voy. *sup.*, n. 1701.
(4) C. civ., art. 1230. Voy. *sup.*, n. 1685.
(5) C. civ., art. 1229. Voy. *sup.*, n. 1654.
(6) C. civ., 1152. Voy. *sup.*, n. 1667.
(7) C. civ., art. 1231. Voy. *sup.*, *ibid.*
(8) Voy. *sup.*, *ibid.*

ex partium conventione proficiscitur, non censetur contra æquitatem... præcipuè inter mercatores (1).

SECTION V. — DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

SOMMAIRE. — 1897. Considérations générales sur les obligations divisibles et indivisibles. — 1898. Leur définition. — 1899. Exemples. Vente. Contrainte par corps. — 1900. Applicabilité des règles sur l'indivisibilité. — 1901. Distinction entre l'obligation indivisible et l'obligation solidaire.

1897. La théorie des obligations divisibles et indivisibles a toujours présenté de grandes difficultés. Dumoulin y voyait un labyrinthe dont il se flatte d'avoir deviné les détours dans son traité célèbre intitulé : *Extricatio labyrinthi dividui et individui;* traité qui a servi de guide à Pothier et aux rédacteurs du Code. Mais les auteurs modernes n'ont pas ratifié sans réserve l'opinion que Dumoulin avait conçue de son ouvrage, et s'en prenant directement au Code civil, plusieurs en ont assez vivement critiqué les dispositions qu'ils trouvent confuses, obscures, peu exactes et trop abstraites. Cette matière est donc encore aujourd'hui une des plus épineuses du droit. Toutefois, elle ne présente pas une application assez directe et assez usuelle aux matières commerciales, pour qu'il soit nécessaire d'entrer ici dans des détails qui n'offriraient d'utilité qu'autant qu'ils seraient complets, et qui, pour être complets, exigeraient de trop longs développements. La place qu'ils occuperaient sera mieux remplie par d'autres sujets que leur utilité pratique rend plus indispensables.

Je me bornerai donc à donner la définition des obligations divisibles et indivisibles, et à signaler les différences qui distinguent l'obligation indivisible de celles avec lesquelles elle peut offrir de l'analogie.

1898. Aux termes de l'article 1217 du Code civil l'obligation est divisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. L'o-

(1) Straccha, *De contract. mercat.*, n. 27.

bligation est encore indivisible, selon l'article 1218, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel ils sont considérés dans l'obligation ne les rend pas susceptibles d'exécution partielle. Dans le premier cas, l'obligation est indivisible, parce que le fait à accomplir ou la chose à livrer sont indivisibles par leur nature, c'est-à-dire, abstraction faite de l'obligation dont ils forment la matière; dans le second cas, au contraire, la chose ou le fait ne sont pas indivisibles en eux-mêmes, mais seulement à raison de cette circonstance qu'ils sont devenus la matière d'une obligation sous un point de vue qui rend leur division impossible. *Non enim causatur individuitas nisi ex eo quod res debita, vel sui naturâ, vel ut debita est, non potest præstari seu solvi pro parte* (1).

1899. Voici des exemples des cas où une chose divisible de sa nature devient indivisible sous le rapport de l'obligation, *ut debita est.*

J'achète une partie de marchandises, et je meurs sans avoir ni payé le prix ni reçu livraison de la chose. Cette marchandise et son prix, quoique divisibles en eux-mêmes, sont indivisibles relativement à mes héritiers, qui ne peuvent forcer le vendeur à diviser la chose dans la livraison, ni le prix dans sa réception (2).

Par transaction, vous vous êtes obligé à me payer une somme d'argent avec déclaration que c'est pour me tirer de prison; si vous décédez, vos héritiers ne seront pas recevables à me payer chacun leur part séparément, une partie de la somme promise ne pouvant suffire pour me tirer de prison et remplir le but de l'obligation (3).

1900. M. Toullier fait très-bien remarquer que le but et l'utilité de la doctrine de la divisibilité et de l'indivisibilité des obligations est de faire connaître et d'apprendre à distinguer quand les dettes peuvent être acquittées, ou exigées par par-

(1) Dumoulin, *De individ.*, part. II, n. 223.
(2) Rogue, *Jurisprud. consul.*, t. II, p. 163.
(3) Dumoulin, part. II, n. 40 ; Duranton, t. XI, n. 299; Rogue, t. I, n. 271.

ties (1). Elle est donc sans application lorsqu'il n'y a qu'un créancier ou un débiteur unique, puisque le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible (2), et que, réciproquement, le créancier ne peut forcer le débiteur à la lui payer par parties. L'obligation susceptible de division doit donc être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible (3).

Les règles sur la divisibilité et sur l'indivisibilité n'ont en conséquence d'application que lorsqu'il y a plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs d'une même chose, ou seulement plusieurs créanciers, ou plusieurs débiteurs, ou lorsqu'il y a plusieurs héritiers du débiteur ou du créancier (4). C'est alors seulement qu'il y a intérêt à savoir si l'obligation est divisible ou indivisible; c'est-à-dire si elle se divise ou ne se divise pas entre les divers débiteurs ou les divers créanciers.

1901. Du reste, il ne faut pas confondre les obligations indivisibles avec les obligations solidaires dont il sera question dans la section suivante. L'obligation solidaire est, il est vrai, exigible en totalité de la part de chacun des créanciers, contre chacun des débiteurs, de même que l'obligation indivisible. Mais la solidarité est une manière de s'obliger, une modification de l'obligation même, tandis que l'indivisibilité résulte de la nature de la chose qui fait l'objet de l'obligation ou du but que se proposent les contractants. *In obligatione correali totaliter debitur ex obligatione*, dit Dumoulin, *in obligatione individuâ totum debitur ex necessitate, sed non totaliter* (5).

Il suit de là, entre autres conséquences, que l'obligation solidaire entre les débiteurs, peut se diviser entre les héritiers de chacun d'eux, tandis que, dans l'obligation indivisible, chacun des héritiers doit le tout.

Nous reviendrons, au surplus, sur ces questions en traitant des obligations solidaires, et en expliquant leurs effets nous

(1) T. VI, n. 750.
(2) C. civ., 1244.
(3) C. civ., 1220.
(4) C. civ., 1220. — V. M. Demolombe, t. III, n. 511 et suiv.
(5) Part. III, n. 112. Voy. Pothier, n. 322 et suiv.

aurons soin de faire remarquer en quoi elles s'éloignent des obligations indivisibles.

SECTION VI. — DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

§ 1. — *De la solidarité en général.*

SOMMAIRE. — 1902. Des obligations considérées sous le rapport de la pluralité des personnes. Obligation conjointe ; obligation solidaire. — 1903. Ce que c'est que la solidarité. — 1904. La solidarité ne se présume jamais; elle est conventionnelle ou légale. — 1905. Solidarité conventionnelle ; elle doit être expressément stipulée ; mais il n'y a pas de formule sacramentelle. — 1906. En matière d'obligations non conventionnelles, la solidarité peut résulter de la nature des choses. Exemples pris des dommages-intérêts pour réparation d'un délit ou d'un quasi-délit. — 1907. Cas divers de solidarité légale, en matière civile. — 1908... En matière commerciale. — 1909. La solidarité a-t-elle toujours lieu de plein droit en matière commerciale ? — 1910. Principes du droit romain sur la solidarité de plein droit. — 1911. Principes du droit italien sur la solidarité de plein droit en matière commerciale. — 1912... Du droit belge et hollandais. — 1913. Principes de l'ancien droit français sur la même question. — 1914. Explication de certaines divergences. — 1915. Droit nouveau. — 1916. Résumé. Il n'y a solidarité de plein droit en matière commerciale (sauf les cas déterminés par la loi), ni entre les créanciers, ni entre les débiteurs.

1902. Nous venons de considérer les obligations sous le rapport de la chose qu'elles ont pour objet, et de voir qu'elles sont divisibles ou indivisibles selon que cette chose est ou n'est pas susceptible de division soit matérielle soit intellectuelle. Au point de vue de la chose qui fait l'objet de l'obligation, la circonstance du nombre des co-contractants n'exerce aucune influence sur sa nature divisible ou indivisible (1). Si l'obligation est divisible, elle est susceptible de se diviser dans l'exécution, bien qu'il n'y ait qu'un seul débiteur et qu'un seul créancier; si elle est indivisible, elle n'est pas susceptible de se diviser, bien qu'il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, ou à la fois plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs.

Quand au contraire une obligation est considérée, non plus

(1) Voy. *sup.*, n. 1898.

sous le rapport de son objet, mais sous le rapport des personnes qu'elle intéresse et de la manière dont ces personnes ont contracté, la pluralité des créanciers ou des débiteurs peut donner à l'obligation un caractère particulier, soit selon que la créance ou la dette, d'ailleurs divisible, se divise en autant de parts égales qu'il y a de créanciers ou de débiteurs, soit selon que chaque créancier a le droit d'exiger la totalité de la créance, ou que chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette.

Dans le premier cas, l'obligation est simplement conjointe, soit quant aux créanciers, qui n'ont droit qu'à leur part virile, soit quant aux débiteurs, qui ne sont tenus également que de leur part virile ; dans le second cas, elle est solidaire.

1903. La solidarité entre les créanciers d'une même chose est donc le droit qui appartient à chacun d'eux de se la faire payer en totalité et de poursuivre le débiteur pour le tout.

La solidarité entre les débiteurs est donc l'obligation imposée à chacun d'eux de payer seul pour tous la somme qu'ils doivent en commun.

1904. En principe, chacun étant réputé ne stipuler ou ne promettre que pour soi, il en résulte que la créance et la dette se divisent de plein droit entre les créanciers et entre les débiteurs, de telle sorte que chaque créancier ne peut exiger que sa part, et que chaque débiteur n'est tenu que de sa part (1). La solidarité ne se présume donc pas, soit qu'il s'agisse de la solidarité des créanciers, soit qu'il s'agisse de la solidarité des débiteurs. C'est la disposition formelle des art. 1197 et 1202 du Code civil. La solidarité doit résulter, soit de la volonté des parties, et alors elle est conventionnelle; soit de la disposition de la loi, et alors elle est légale.

1905. Elle résulte de la volonté des parties, lorsqu'elle est expressément stipulée (2). Toutefois elle n'est pas attachée à l'emploi sacramentel des mots *solidaire*, *solidarité*, *solidairement*. Il suffit que les expressions dont se sont servis les contractants expriment sans équivoque leur volonté de stipuler

(1) Grotius, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. xi, 13.
(2) C. civ., art. 1202.

la solidarité à leur profit, ou leur volonté de s'y soumettre (1). Il y aurait donc stipulation réelle et suffisante de solidarité dans la clause par laquelle deux débiteurs, s'obligeant dans le même acte, déclareraient renoncer au bénéfice de division et de discussion, bien que d'ailleurs ils se bornassent à dire qu'ils s'engagent conjointement, la solidarité entre les débiteurs n'étant autre chose qu'une renonciation au bénéfice de division et de discussion qui, de droit commun, appartient à tous les coobligés (2).

La solidarité peut même, particulièrement en matière commerciale, résulter de l'interprétation des actes et de la correspondance des parties. Aussi a-t-il été jugée que l'arrêt qui, par suite d'une telle interprétation, décide qu'il y a solidarité, ne viole aucune loi, et échappe, sous ce rapport, à la censure de la Cour de cassation (3).

Il a été également jugé que la solidarité pouvait être stipulée dans un acte recognitif d'une obligation antérieure dont le titre primordial était muet à cet égard ; et que l'art. 1337 du Code civil, qui déclare sans effet les additions ou modifications stipulées dans un acte récognitif, s'applique à celles qui touchent à l'essence de l'obligation primitive, et non aux conditions extrinsèques ou accessoires, telles que la solidarité (4). Cette décision est fondée sur une distinction établie par Dumoulin qui, après avoir posé le principe reproduit par l'art. 1337, décide que, si le titre recognitif ne peut rien ajouter à l'essence de l'obligation primitive, il peut ajouter à sa force exécutoire (5).

(1) Toullier, t. VI, n. 721 ; Delvincourt, t. II, p. 499 ; Marcadé, sur l'art. 1202 ; M. Demolombe, t. I, n. 235.

(2) Grenoble, 20 janv. 1830, S., 9, 2, 381.

(3) Cass., 9 janv. 1838, S., 38, 1, 746.

(4) Toulouse, 5 avril 1838, S., 39, 2, 380.

(5) *Simplex novus titulus, non est dispositorius, sed declaratorius seu probatarius... Nec aliquid de novo inducit circà substantiam obligationis, sed bene circà quædam extrinseca et accidentalia, videlicet circà probationem et vim executoriam, et sic hujus modi titulus duo tantum operatur : 1° Confessionem et probationem in prejudicium recognoscentis ; 2° Vim.* (*De feudis*, tit. I, § 7, n. 19.)

1906. Du reste, la solidarité n'a besoin d'être stipulée que lorsqu'elle se rattache à l'exécution d'une obligation conventionnelle. Il en est autrement quand elle se rattache à la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit : alors, elle peut résulter de la nature des choses. C'est ainsi que dans le cas de l'art. 1382 du Code civil, aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, la solidarité peut être prononcée contre les auteurs d'un fait dommageable, lorsqu'il est impossible de déterminer la part pour laquelle chacun d'eux a contribué au dommage, de telle sorte que chacun d'eux peut être individuellement considéré comme l'auteur du fait dommageable, et dès lors tenu de le réparer totalement (1).

1907. Dans un assez grand nombre de cas, la loi s'est formellement exprimée sur la solidarité qu'elle entendait établir entre les parties. On trouve en droit civil pur des exemples de solidarité légale dans les art. 395 et 396 du Code civil, qui déclarent le second mari d'une femme ayant des enfants d'un premier mariage, solidairement responsable de la gestion tutélaire de celle-ci ; dans l'art. 1033, qui prononce la solidarité contre les exécuteurs testamentaires ; dans l'art. 1442, qui déclare le subrogé tuteur solidairement responsable avec l'époux survivant du défaut d'inventaire ; dans l'art. 1734, suivant lequel les locataires sont solidairement responsables de l'incendie ; dans l'art. 1887, qui, en matière de prêt à usage, accorde au prêteur une action solidaire contre tous ceux qui ont conjointement emprunté la même chose ; enfin dans l'art. 2002, aux termes duquel, lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elle est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

1908. On en trouve également des exemples en matière com-

(1) Voy., sur cette question, Toullier, t. VI, n. 151 ; Duranton, t. XI, n. 194 ; Marcadé, sur l'art. 1202 ; M. Rodière, *De la solidarité*, n. 49 e suiv ; M. Larombière, sur l'art. 1202, et M. Demolombe, t. III, p. 279 et suiv. — Voy. aussi *inf.*, § 3, art. 1.

merciale, dans les art. 27 et 28 du Code de commerce, qui posent le principe général de la solidarité entre associés, et dans les art. 118, 140, 162 et 187, qui établissent un lien solidaire entre tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change ou un billet à ordre.

Bien qu'au premier abord les cas particuliers de solidarité légale, admis par la loi commerciale, paraissent beaucoup moins nombreux que ceux qui résultent de la loi civile proprement dite, cependant il est à remarquer que les cas dans lesquels la loi commerciale impose la solidarité aux parties contractantes, sont précisément ceux qui embrassent dans leur généralité la plupart des affaires commerciales. La lettre de change et le billet à ordre sont, dans le commerce, les manières les plus ordinaires, sinon les seules, de s'obliger au payement d'une certaine somme, et comme il arrive rarement que des commerçants contractent conjointement, soit activement, soit passivement, sans être associés pour le bénéfice de l'opération à laquelle se rapporte le contrat, il en résulte que la solidarité admise par la loi commerciale, en matière de société, s'étend sur la presque totalité des conventions dans lesquelles deux ou plusieurs commerçants figurent conjointement, soit comme créanciers, soit comme débiteurs.

1909. Cependant il peut arriver que deux ou plusieurs commerçants contractent conjointement, activement ou passivement, sans être associés, et dans une forme qui n'est celle ni du billet à ordre, ni de la lettre de change. Dans ce cas, l'obligation sera-t-elle solidaire, soit entre les créanciers, soit entre les débiteurs commerçants? En d'autres termes, la solidarité, qui, en droit civil, ne se présume jamais, et doit toujours être stipulée par les parties, ou établie par la loi, existe-t-elle, en matière commerciale, de plein droit et sans stipulation particulière, dans les cas où elle ne résulte pas de la disposition de la loi ?

La négative me semble incontestable. Il est sans doute évident que si les signataires conjoints peuvent, d'après les circonstances, être présumés s'être associés, même passagèrement, pour l'affaire particulière à laquelle se rattache leur obligation

conjointe, ils seront obligés solidairement, en vertu du principe qui fait de la solidarité la règle fondamentale des sociétés commerciales, quoique aucune association antérieure et permanente n'existe entre eux (1); mais il me semble également évident que si cette association, même passagère, ne peut être ni prouvée ni présumée, le principe de la division, qui est de droit commun, conserve son empire. Pour qu'il en pût être autrement, il faudrait qu'une disposition particulière du droit commercial eût dérogé, au moins implicitement, aux dispositions si formelles et si précises du Code civil. Or, il n'en est rien, et on chercherait vainement dans le Code de commerce une disposition dérogatoire. On comprend que ceux qui se mettent à l'aise avec les principes, en soustrayant les matières commerciales à l'application des règles du droit civil, se croient autorisés, après avoir fait table rase, à réédifier un droit commercial fait à l'image de leurs opinions particulières, et obéissent aux illusions qui, entretenues par les préjugés qu'ils nourrissent contre le droit écrit, leur font voir partout des usages et des coutumes dont l'universalité et la certitude satisfont à tous les besoins mieux qu'un droit écrit dont l'inflexibilité ne se prête pas à l'arbitraire des opinions et des doctrines. Pour ceux, au contraire, qui voient dans le droit civil, spécialement en matière d'obligations conventionnelles, un ensemble de règles qui gouvernent le commerce comme la vie civile, dans tous les cas auxquels la loi commerciale n'a pas apporté une dérogation explicite ou implicite (2), l'opinion qui fait de la solidarité la règle générale des obligations commerciales, tandis que dans les obligations civiles elle n'est que l'exception, est complétement insoutenable en droit.

Je m'explique dès lors comment des auteurs fort recommandables, M. Frémery, dans ses *Études de droit commercial* (3), MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur *Traité du contrat de commission* (4), se sont prononcés en faveur de la solidarité de

(1) Voy. *inf.*, n. 1986.
(2) Voy. *sup.*, n. 1441 et 1442.
(3) P. 21 et suiv.
(4) T. II, p. 472.

plein droit en matière commerciale. Dès que ces auteurs se refusaient à admettre l'application des principes généraux et des règles du droit civil aux affaires du commerce, ils cessaient d'être les interprètes d'une loi qu'ils ne reconnaissaient pas pour devenir législateurs. Il est vrai qu'ils déclinent cet honneur, et qu'en posant en principe que la solidarité est la règle des affaires commerciales, ils affirment que, « sur ce « point, le droit commercial n'a jamais varié ; que telle a été « la coutume établie par l'accord unanime et tacite de tous les « commerçants, et constamment suivie par leur juridiction spé-« ciale ; que c'est conséquemment l'inspiration naturelle de « gens tout à fait étrangers par leur position, leurs connais-« sances et leurs habitudes, aux règles du droit civil (1) ; » — « Que, quoique le Code de commerce ne s'en explique pas, « dans tous les temps, deux commerçants qui s'engagent en-« semble ont été réputés s'engager solidairement ; qu'on ne « connaît pas en jurisprudence de maxime plus certaine, plus « invariablement observée ; qu'il est donc inutile de s'arrêter « à prouver ce que personne ne conteste, pas même les auteurs « qui prétendent ériger en doctrine qu'on doit suppléer par le « Code civil à tout ce qui n'a pas réglé la loi commerciale (2) ; » — « Que les commerçants ont eu raison d'interpréter une « obligation collective dans le sens de la solidarité, et que « les jurisconsultes ont eu tort de l'interpréter en sens con-« traire (3) ; » — « Enfin, que le droit romain et le droit com-« mercial sont unanimes pour démontrer qu'une obligation « collective emporte naturellement, et suivant l'intention « exprimée par ses termes, la solidarité des obligés (4). »

Ces affirmations sont tellement positives et tranchantes, qu'on est tout étonné, quand on les vérifie, de les trouver plus que hasardées, et de les voir presque toutes complétement démenties par l'autorité des faits.

C'est ce qui va apparaître d'un examen un peu attentif des

(1) M. Frémery, p. 22.
(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, p. 472.
(3) M. Frémery, p. 24.
(4) *Ibid.*, p. 29.

utoritésinvoquées soit par M. Frémery, soit par MM. Delamarre t Lepoitevin, soit par M. Rodière (1), qui, venu après eux, a artagé ce que je crois pouvoir appeler les erreurs de ses de-anciers, sans tenir compte des objections dont elles sont sus-eptibles. C'est ce qui résultera aussi de l'examen des auto-ités que ces auteurs ne citent pas, et qui sont cependant fort récises sur la question.

1910. Un mot d'abord sur le droit romain, dans lequel les uteurs dont je combats l'opinion cherchent des arguments ır le fond même de la question; arguments qui, s'ils étaient oncluants, ne tendraient à rien moins qu'à mettre en doute fondement philosophique des art. 1197 et 1202 du Code civil.

D'après ces auteurs, et surtout d'après M. Frémery (2), dont M. Delamare et Lepoitvin n'ont fait que reproduire le sys-me en l'approuvant (3), la nécessité légale d'une stipulation xpresse pour établir la solidarité, aurait été la conséquence s formes de la stipulation romaine. Dans le droit romain, la ipulation consistait en une interrogation de la part de celui ıi stipulait, et une réponse conforme de la part de celui qui obligeait. Pendant que cette coutume fut en vigueur, dit . Frémery, et que l'interrogation, appelant une réponse con-rme, fut la base de la stipulation, les jurisconsultes déci-èrent, par une déduction parfaitement exacte des termes et la forme du contrat, que celui qui n'avait fait qu'une seule terrogation comprenant la somme de 100, ne pouvait avoir ı'une seule action pour cette même somme de 100. Par emple, Titius et Mévius, promettez-vous de me payer 100 ? ous le promettons. La stipulation ainsi formée ne pouvant gendrer qu'une seule action pour réclamer 100, l'action in-ntée épuisait l'obligation, et conséquemment il fallait décider ıe l'obligation et l'action qu'elle produisait se divisaient entre s deux promettants.

Si au contraire on voulait que les deux promettants fussent lidairement obligés, il fallait qu'ils fussent interrogés dis-

(1) *De la solidarité*, n. 232 et suiv.

(2) P. 25 et suiv

(3) T. II, p. 473.

tinctement. C'est ce que disent les Institutes (1). *Duo rei promittendi ita fiunt : Mævi quinque aureos dare spondes ! Sei eosdem quinque aureos dare spondes ! et respondent singuli separatim : spondeo.*

Dans la suite, l'usage de l'écriture s'introduisit, les paroles sacramentelles disparurent, et il suffit que l'acte énonçât que la stipulation avait été faite de manière que chacun des promettants fût obligé *in solidum* (2). C'est ce qui résulte de l'opinion de Papinien (3), qui a écrit qu'avant tout il fallait rechercher l'intention des parties; et que ces mots : *Titius et Mævius decem dato*, expriment l'intention d'obliger solidairement Titius et Mévius.

Il est vrai que plus tard Justinien lui-même déclara, par la Novelle 99, que l'obligation se divise entre les fidéjusseurs (ou obligés), quand le créancier n'a pas exprimé qu'ils seraient tenus solidairement. Mais cette loi, qui a passé dans l'article 1202 du Code civil, n'est qu'un souvenir des anciennes formes rigoureuses de la stipulation; elle a été une innovation au droit romain pur constatée par les juriconsultes romains, et notamment par Papinien. Papinien, ajoute M. Frémery, aurait donc décidé que la signature de *Paul* et la signature de *Louis*, au bas d'une obligation collective contractée par *Paul* et par *Louis*, exprimaient l'intention de contracter une obligation solidaire. Le droit commercial moderne est donc d'accord avec le droit romain, lorsqu'il reconnaît qu'une obligation collective emporte naturellement et suivant l'intention exprimée par ses termes la solidarité des obligés. Tel est le système de M. Frémery, qui est peut-être ingénieux, mais dont une autorité plus imposante que la mienne a démontré le peu de solidité.

(1) Liv. III, tit. XVI.

(2) L. IX, § 1 et 2, ff. *De duobus reis.*

(3) L. IX in pr. ff. *De duobus reis.* Voici le texte: *Eamdem rem apud duos deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodavi : fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus hæredibus institutis testator dixit : Titius et Mævius, Sempronio decem dato.*

M. Troplong (1) fait d'abord très-bien remarquer que le texte de Papinien, sur lequel on se fonde pour prouver que ce jurisconsulte admettait la solidarité de plein droit dans les obligations collectives, est visiblement altéré. Ce texte, qui raisonne dans l'hypothèse d'un legs, porte : *Titius* ET *Mævius Sempronio decem dato.* Cujas (2) a prouvé qu'il fallait lire *Titius* AUT *Mævius*. Le verbe *dato,* qui est au singulier, ne peut être régi que par *Titius aut Mævius.* Avec *Titius et Mævius* il faut substituer *danto* à *dato;* autrement il faudrait supposer que le jurisconsulte romain aurait commis une faute de langage inexplicable, en ne faisant pas accorder le verbe avec le nom. M. Troplong ajoute ensuite avec beaucoup de raison que, dans tous les cas, le texte de Papinien prouverait qu'il n'était pas absolument nécessaire d'employer les termes sacramentels de la stipulation pour créer la solidarité qui pouvait résulter des circonstances et des faits concluants dont un contrat aurait été accompagné, mais qu'il ne prouverait nullement qu'à aucune époque du droit romain la solidarité de plein droit se fût implantée dans les contrats passés par les commerçants. Cela est si vrai, que, d'après Ulpien, la négociation faite collectivement par plusieurs armateurs n'entraînait pas la solidarité : *Si tamen per se plures navem, exerceant, pro portionibus exercitationis conveniuntur* (3). Il y a plus, comme nous le verrons plus tard, la solidarité n'existait même pas de plein droit en matière de société, sauf dans les sociétés d'argentiers et de publicains (4); elle n'avait lieu dans les sociétés ordinaires que dans le cas où les associés se faisaient représenter par un instituteur ou facteur (5), *ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* (6). Comment prétendre dès lors que la solidarité ait jamais existé de plein droit sous l'empire de la législation romaine ? Les constitutions des empereurs qui

(1) *Des sociétés*, n. 851.
(2) *Observ.*, liv. V, cap. XXXV.
(3) L. 2, ff. *De exercit. act.*
(4) L. 27, ff. *De pactis;* l. 9, § 4, ff. *De publicanis.*
(5) L. 16, ff. *De inst. act.;* l. 1, § 5, ff. *De exercit. act.*
(6) L. 26, ff. *De pactis.*

ont voulu qu'elle fût clairement exprimée, sans imposer d'ailleurs aux contractants aucune formule sacramentelle, étaient donc l'expression véritable du droit romain; elles dénotaient d'ailleurs un progrès réel en faisant dépendre la solidarité d'une convention dont elles ne déterminaient pas les termes, au lieu de la subordonner aux formes rigoureuses et primitives de la stipulation; et nos lois modernes qui ont consacré le même système, loin de s'écarter des principes naturels sur la force et l'effet des obligations conjointes, y sont au contraire parfaitement conformes.

1911. La solidarité de plein droit, qui à Rome n'était pas plus admise dans les matières commerciales que dans les matières civiles, s'est-elle introduite dans le droit particulier qui, lors de la renaissance du commerce, se forma dans les républiques italiennes du moyen âge? M. Frémery et ses approbateurs l'affirment; mais je crois qu'ils se trompent, et je vais essayer de le démontrer.

Ces auteurs invoquent d'abord l'ancien droit italien, Bartole, Straccha, la Rote de Gênes, qui, suivant eux, « déclarent « expressément que la solidarité des commerçants qui s'obli- « gent ensemble est le droit consulaire, le droit de la cour « des marchands, *curiæ mercatorum* (1). » Nous verrons tout à l'heure l'opinion de Bartole. Quant à Straccha, je n'ai pu, après longues recherches, trouver dans ses écrits un seul passage qui fût relatif de près ou de loin à la question de savoir si en matière commerciale la solidarité existe de droit entre coobligés. Reste la Rote de Gênes.

La Rote de Gênes traite en effet, dans plusieurs de ses décisions, de la solidarité entre commerçants; elle s'en occupe non-seulement au numéro 5 de sa trentième décision, et au numéro 5 de la quarante-sixième, citées par M. Frémery, mais encore dans sa deuxième décision numéro 43; dans sa quatre-vingt-dix-septième décision, numéro 1, 7 et 13; enfin dans sa cent soixante et unième décision, numéro 2; et dans toutes ces décisions elle con-

(1) M. Frémery, p. 23.

sacre un système directement contraire à celui qu'on lui attribue. En effet, la Rote de Gênes n'a jamais dit que les coobligés en matière commerciale fussent tenus solidairement; elle a toujours admis au contraire qu'une obligation collective se divise de plein droit et également entre les coobligés qui n'en sont tenus que pour leur part virile, *pro virili parte*, et que la solidarité n'a lieu que lorsque les coobligés sont associés. La décision 161 en fournit une preuve manifeste. Dans l'espèce jugée par cette décision, deux commerçants s'étaient obligés conjointement; l'un d'eux, assigné comme débiteur solidaire et en payement de toute la dette, opposa que de droit commun chaque coobligé ne pouvait être poursuivi que pour sa part virile : *Plures obligati intelliguntur pro virili* (1), dit l'exposé de la Rote. Néanmoins, il fut condamné comme débiteur solidaire; mais pourquoi? Parce qu'il s'était engagé conjointement en matière commerciale? Nullement. Parce que les deux coobligés étaient associés, et que entre coassociés la solidarité est de droit : *Socii*, dit la Rote, *tenentur in solidum de collatis in bursam communem durante societate* (2).

Aussi le numéro 5 de la quarante-sixième décision citée par M. Frémery, ne dit-il pas que tous coobligés en matière commerciale sont de plein droit solidaires. Il dit que les associés qui s'obligent ensemble et conjointement sont obligés solidairement : *Usu enim in civitate Genuæ et quidem notoriè receptum est quod* SOCII *expendentes nomen in simul, tenentur contrahentibus secum in solidum, et talis consuetudo et observantia attendi debet, cum faciat jus... et hujus modi consuetudo tanquam notoria non debet probari.*

C'est également là le sens du numéro 5 de la trentième décision que M. Frémery invoque aussi à l'appui de son opinion. Il s'agissait en effet de deux associés, de Jérôme et de Grégoire Flisci, qui s'étaient engagés ensemble (3), et la Rote

(1) Décis. 161, n. 2.

(2) *Ibid.*, n. 8.

(3) *Hieronym, et Gregor. Flisci, cum essent socii et expenderent nomen in simul in Hispaniis, scripserunt Petro Francisco et Philippo Cataneis, in*

condamne l'un d'eux solidairement, *quia expendebat nomen in simul*, parce qu'il s'était engagé avec son coassocié, *et quod quandò duo expendunt nomen in simul, quilibet tenentur in solidum* (1).

L'erreur de M. Frémery et de ceux qui ont suivi son sentiment, vient de ce qu'ils ont attribué à ces mots *expendere nomen in simul* un sens beaucoup plus général et beaucoup plus étendu que celui dans lequel il a été constamment employé par les jurisconsultes italiens qui ont fondé le droit du commerce en constatant les coutumes dont il dérive, et que la loi commerciale a presque toutes consacrées.

Le sens juridique de ces mots se trouve très-clairement expliqué dans la quatre-vingt-dix-septième décision de la Rote de Gênes. Dans cette décision, la Rote commence d'abord par poser comme règle générale que *semper ita per Rotam fuit judicatum, ut ex pluribus decisionibus notissimum est, quod quandò duo vel plures expendunt nomen in simul, quilibet tenentur et obligatur in solidum* (2). Puis elle prononce une condamnation solidaire, attendu qu'il est prouvé par témoins que les défendeurs étaient associés : *Prædictos reos conventos fuisse socios et idem nomen expendisse et subscripsisse*, QUIA BARTHOLOMÆUS SUBSCRIBEBAT NOMEN SUUM ET BAPTISTÆ CONJUNCTIM, ET È CONTRA BAPTISTA NOMEN SUUM ET BARTHOLOMÆI (3).

Expendere nomen in simul ne se dit donc pas du cas où deux personnes s'engagent conjointement en apposant séparément leurs signatures au bas de la même obligation, mais du cas où un seul des coobligés signe pour tous, en souscrivant l'obligation de son nom et celui des autres, ce qui a lieu quand des coassociés n'ont pas adopté une raison sociale qui résume ou sous-entend les noms de tous, et ce qui suppose nécessairement une société établie entre les coobligés.

C'est ce que la même quatre-vingt-dix-septième décision rend encore plus évident en répondant à une objection tirée

Siciliâ commorantibus, ut solverent sibi ipsis florenos cambiatos, etc. Décis. 30, *in princip.*

(1) *Ibid.*, n. 5 et 6.

(2) N. 1.

(3) *Ibid.*

de ce que, de droit commun, les obligations se divisent entre les coobligés : *Nec obstat objectum de subscriptione litterarum quòd non debeat obligare, nisi subscribentes pro parte suâ; quia distinguendum est : nam quandò duo vel plures separatìm subscribunt quilibet manu suâ, tunc alio non apparente, quisque pro suâ portione tantum obligatur... secùs verò quandò reus subscribit nomen suum, ut alterius socii, vel plurium scientium et patientium, quia tunc obligatur in solidum;* ET ILLUD EST EXPENDERE NOMEN IN SIMUL, *ad Bartolum in l. eamdem*, q. 7 (1). — « Peu importe, « dit la Rote, que ceux qui souscrivent conjointement une « obligation ne soient en général obligés que pour leur part « et portion virile. Il faut distinguer. Si deux ou plusieurs « personnes apposent chacune et séparément leur signature « sur une obligation, chacun des coobligés n'est tenu que de « sa part virile. Si au contraire un obligé signe à la fois de « son nom et de celui d'un ou plusieurs associés qui l'y « ont autorisé ou qui y consentent, il y a obligation solidaire. « C'est là ce qu'on appelle *expendere nomen in simul.* Sur quoi « l'on peut voir Bartole. »

Cette interprétation n'est point contredite par la deuxième décision qui, pour justifier une condamnation solidaire, se fonde sur ce que les parties *in solidum nomen ad invicem expendebant et quod quando quis expendit nomen, tenetur et tenentur omnes in solidum.* Ce qui signifie sans aucun doute, quand on rapproche ce passage de ceux que je viens de citer, que celui qui signe de son nom et du nom de ses associés, s'oblige solidairement et oblige solidairement ceux pour lesquels il signe.

La Rote de Gênes n'a donc jamais consacré le principe de la solidarité de plein droit en matière commerciale.

Voyons maintenant ce que dit Bartole, dont la Rote de Gênes invoque l'autorité.

Bartole se demande si, lorsque plusieurs marchands se réunissent pour faire la même opération, ils doivent être considérés, soit comme créanciers solidaires, soit comme débiteurs solidaires, à l'occasion des contrats faits par un seul

(1) N. 13.

d'entre eux : *Mercatores plures qui unam mercantiam gerunt vel unam negotiationem, an ex contractu unius quilibet teneatur in solidum et quilibet agere possit, et an sint duo rei?* On voit déjà, par la position de la question, que Bartole ne se place pas dans l'hypothèse de plusieurs commerçants qui contractent conjointement, soit activement, soit passivement, la même obligation sur laquelle tous apposent leur signature, mais dans celle de savoir si plusieurs commerçants qui se réunissent pour faire un même commerce ou une même opération, *qui unam mercantiam gerunt, vel unam negotiationem*, c'est-à-dire qui sont associés, s'obligent solidairement les uns et les autres par leurs actes individuels. Bartole reconnaît que plusieurs docteurs se prononcent pour l'affirmative, *dicunt quod sic*, mais il trouve leur opinion trop générale, *certè malè dicunt;* et se plaçant exclusivement au point de vue du droit romain il dit que la solidarité n'existe que dans les sociétés d'argentiers et de fermiers des revenus publics, parce que les uns et les autres remplissent un office public (1) : *Quando quædam à pluribus geritur negotiatio quæ eis decernitur ex publico, tunc fateor quod sunt duo rei activè et passivè.* Si, au contraire, il s'agit d'un commerce ordinaire, et n'ayant aucun caractère public, *si vero talis negotiatio propriâ voluntate fuerit assumpta, non ex publico*, Bartole distingue entre le cas où les associés agissent ensemble, et alors chacun n'est tenu que pour sa part et portion, *tunc ambo et quilibet tenetur pro portionem quam habet in negotiatione ;* et le cas où ils agissent séparément, et alors chacun d'eux est tenu solidairement et pour le tout : *Aut exercent separatim, puta sunt duo socii, unus exercet Perusii, alius exercet Florentiæ, tunc quilibet tenetur in solidum* (2). Nous voilà revenus à la doctrine de la Rote de Gênes, qui est en même temps celle de Bartole ; car s'il refuse la solidarité aux associés qui s'obligent conjointement, à moins qu'ils n'agissent l'un pour l'autre comme dans

(1) L. 27, ff. *De pactis;* l. 6, ff. *De publicanis.* Je reviendrai là-dessus en parlant de la solidarité entre associés. — Voy. *sup.*, n. 1908, et *inf.*, n. 1910.

(2) Sur la loi *Eamdem*, ff. *De duob. reis*, quæst. 7, n. 9 (t. VI, f° 56, v°, col. 2).

les espèces jugées par la Rote, à plus forte raison la refuse-t-il si les obligés ne sont pas associés. Bartole va plus loin que la Rote de Gênes, en refusant tout effet solidaire aux contrats faits par plusieurs associés conjointement, et en restreignant la solidarité au cas où un seul agit pour tous. Mais si plus tard la coutume et la loi commerciale se sont éloignées de la doctrine de Bartole et du droit romain pour faire de la solidarité la règle générale des sociétés, elles y sont restées fidèles, en ce sens que c'est l'association qui, en matière commerciale et en dehors des autres cas de solidarité légale, est le principe de la solidarité active ou passive entre coobligés.

Il n'est donc pas exact de dire que Bartole avoue la coutume qui, en matière commerciale, aurait introduit le principe de la solidarité de plein droit, et qu'il confesse que cette coutume est reconnue par plusieurs docteurs. Son aveu porte sur un tout autre point, sur la solidarité des associés, et il en est de même de l'opinion des docteurs qu'il cite pour les combattre.

En définitive, voici le système de la Rote de Gênes, et, on peut dire jusqu'à un certain point, celui de Bartole : si Pierre et Paul s'engagent conjointement, et que chacun d'eux signe la même obligation, de droit commun, ils ne sont obligés que pour leur part et portion ; ils ne peuvent être obligés solidaires que s'il est établi qu'ils sont associés. Au contraire, si Pierre et Paul étant associés, Pierre souscrit une obligation tant en son nom qu'au nom de Paul, en signant *Pierre et Paul*, Paul, bien qu'il n'ait pas signé personnellement, est tenu solidairement avec Pierre, qui a signé pour tous deux. C'est l'application de la théorie des obligations contractées sous une raison sociale ou par des associés, théorie sur laquelle nous reviendrons plus tard, et qui, loin d'être fondée sur le principe qui ferait de la solidarité la règle générale des obligations conjointes en matière de commerce, est au contraire fondée sur une exception au principe général et de droit commun de la division des dettes entre les coobligés.

En présence d'une doctrine si nettement formulée, il n'est donc pas permis de dire que la coutume italienne ait consacré le principe de la solidarité de plein droit de tous les coobligés

en matière commerciale. N'est-il pas, au contraire, incontestable que les jurisconsultes et les tribunaux italiens ont constamment professé et appliqué une doctrine diamétralement contraire à celle qu'on leur attribue?

1912. Il est vrai qu'en Belgique et en Hollande, la doctrine était moins ferme sur ces points. Mais si d'une part Vinnius (1), cité par M. Rodière (2), admettait la solidarité présumée ou de plein droit entre commerçants, Perezius que M. Rodière cite également à l'appui de son opinion n'admet la solidarité qu'entre marchands associés (3), ce qui prouve que, dans les anciens Pays-Bas, la règle ou la coutume étaient loin d'avoir la certitude qu'on leur suppose.

1913. Quoi qu'il en soit, la doctrine italienne, qui, en matière commerciale, n'appliquait la solidarité de plein droit qu'aux obligations sociales, a-t-elle été abandonnée en France?

Suivant M. Frémery, « en France, on a toujours jugé que « deux marchands non associés, faisant un billet pour mar« chandises prises en commun, sont obligés solidairement (4). » Cela n'est pas exact, ainsi qu'on peut s'en assurer en jetant les yeux, tant sur les auteurs et les arrêts anciens ou modernes, cités par M. Frémery, que sur ceux qu'il ne cite pas.

Bacquet (5) rapporte un arrêt du parlement de Paris du 19 juillet 1590, qui condamne solidairement quatre marchands non associés, qui avaient signé le même billet avec adjonction de ces mots, *l'un pour l'autre*. Les coobligés alléguèrent vainement qu'ils n'étaient point obligés chacun d'eux seul et pour le tout, et qu'il y avait lieu dès lors d'admettre la division, conformément à la loi *Reos*, § *ult*. ff. *de duob. reis*, et à la no-

(1) *Institutes, de duobus reis*, § 1.

(2) *De la solidarité*, n. 234.

(3) *Prælectiones codicis*, liv. VIII, tit. XL, n. 16. *Ad mores nostros quod attinet*, dit Perezius, *notandum est mercatores* socios, *qui per semetipsos mercaturam exercent, sive diversis, in solidum teneri, cùm ob utilitatem contrahentium tùm quod factum unius videatur factum alterius. Itemque ex contractu institoris sive factoris quem negotiationi præposuerunt, omnes* socios *tacitè obligari in solidum constat.*

(4) Page 23.

(5) *Traité des droits de justice*, ch. XXI, n. 248 et suiv., et *Des rentes constituées*, ch. XXVIII.

velle 99; mais le créancier remontra que le billet portait ces mots *l'un pour l'autre*, qui ne pouvaient être inutiles et sans effet, et qui, surtout entre marchands (1), devaient équivaloir à une stipulation formelle de la solidarité; et le parlement confirma la condamnation solidaire prononcée contre eux par sentence du prévôt de Paris. Sur quoi Bacquet ajoute : « Si ces mots *l'un pour l'autre* n'eussent été portés par la cé- « dule, et que purement et simplement ils eussent été obligés, « la dette eût été divisée entre eux, comme serait bestail, grain « ou vin. Si quatre marchands achetaient quelque marchan- « dise, et purement et simplement promettaient sous cédule « soussignée d'eux, ou par brevet passé par-devant deux no- « taires, payer pour vente et délivrance de cette marchandise « la somme de cent écus, chacun d'eux ne serait tenu, sinon « payer sa part de la somme, ni obligé pour le tout, comme « la dette étant divisée entre eux, et l'un n'étant aucunement « tenu de vingt-cinq écus pour l'autre, suivant la disposition de « droit ci-dessus récitée. — Ce qui se doit entendre quand « les marchands obligés ne sont pas associés. Car on tient pour « certain que les marchands associés sont solidairement obli- « gés par les cédules et obligations les uns des autres : telle- « ment que l'un d'eux achetant de la marchandise, ou bien « empruntant deniers, *omnes in solidum tenentur;* et peuvent « être solidairement convenus pour payer le tout, et pour re- « connaître la promesse et cédule de leur associé. La cédule « de l'un est autant que si elle était faite par l'autre; le fait « de l'un est le fait de l'autre; sont tenus solidairement du « fait l'un de l'autre et s'obligent l'un l'autre : *Sive præ- « sentes, sive absentes, sive scientes, sive ignorantes. Censentur enim « invicem exercitores, vel institores, vel præpositi, vel magis- « tri* (2).... Et cela est certain en France entre marchands « associés, de quelque négociation que ce soit, volontaire ou « autre. En ce faisant, si deux marchands empruntent six « cents écus à rendre dedans six mois, et que l'obligation

(1) Voy. *sup.*, n. 1905.

(2) L. I, Cod. *De duob. reis;* Cujas, *Ad africanum in l. vir uxori*, § *ult.* ff. *ad senat.. consult. Velleiam.*

« porte associés, ils sont solidairement obligés et tenus au « payement de la somme due (1). »

Bien qu'il soit difficile de s'expliquer plus clairement que ne le fait l'auteur du passage que je viens de transcrire textuellement, Toubeau trouve que Bacquet hésite sur la question (2). Du reste, Toubeau, qui n'émet aucune opinion bien précise, cite lui-même, d'après Charondas, un arrêt du dernier jour d'avril 1537, par lequel deux marchands sans société ayant acheté de la marchandise ensemble chacun pour un prix, le vendeur fut débouté de la solidarité prétendue contre celui qui avait payé sa part.

Voilà l'ancien droit de la France clairement exposé : c'est l'obligation sociale qui seule est de plein droit solidaire.

Toutefois comme il est bien évident que l'obligation peut être sociale, quoique les coobligés n'aient pas pris en signant la qualité d'associés et quoiqu'il n'y ait eu aucun acte écrit constatant la société, si d'ailleurs ils peuvent, d'après les circonstances, être réputés associés pour l'opération ou l'affaire particulière à l'occasion de laquelle ils s'obligent, on comprend qu'ils puissent être poursuivis solidairement comme associés pour cette affaire, bien qu'il n'y ait entre eux aucune société permanente et qu'ils ne soient pas, à proprement parler, associés pour faire le même commerce. L'association momentanée qu'ils contractent suffit pour établir entre eux la solidarité en ce qui touche les suites et les conséquences de cette association. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris du 11 octobre 1768, rapporté par Denisart (3), dans lequel il s'agissait d'une action solidaire intentée par un marchand de sel contre deux frères qui faisaient le commerce de la même denrée, et qui lui en avaient acheté en commun une certaine quantité. Les deux acheteurs soutenaient que, n'étant point associés, on ne pouvait les soumettre à une solidarité qui ne se supplée jamais. Le vendeur répondait que les deux frères étaient venus ensemble dans son magasin, qu'il leur

(1) N. 249 et 250.
(2) *Institutes du droit consulaire*, t. II, p. 20.
(3) V° *Solidaire*, n. 4.

avait livré la marchandise en présence l'un de l'autre; et que, dans ces circonstances, il n'avait pas besoin, pour prouver qu'ils étaient associés, de représenter un acte de société, parce qu'il suffisait qu'ils se fussent associés pour l'achat qu'ils avaient fait en commun, d'après la maxime, *societas re contrahitur*. L'arrêt qui, dans cet état des faits, a prononcé contre les acheteurs une condamnation solidaire, ne peut assurément être considéré comme ayant consacré en principe qu'en matière commerciale, tous ceux qui s'obligent conjointement s'obligent solidairement.

On peut en dire autant d'un autre arrêt du 18 juillet 1768 (1), ainsi que d'un arrêt du parlement de Toulouse du 17 juin 1672 (2).

Cependant je dois reconnaître que des auteurs, qui ont écrit, soit avant, soit depuis ces arrêts, admettent que deux marchands, qui achètent en commun une même marchandise, sont *présumés* associés pour cet achat, et conséquemment tenus solidairement du prix, à moins qu'il n'y ait preuve contraire. C'est ce que laisse entendre Bornier (3); c'est ce que dit assez formellement Jousse (4) : et tel paraît être l'avis de Rogue (5) et de Pothier. « Deux marchands qui achètent ensemble une partie de marchandises, dit Pothier (6), quoiqu'ils « n'aient d'ailleurs aucune société entre eux, sont censés associés pour cet achat, et comme tels sont obligés solidairement, « quoique la solidarité ne soit pas exprimée. »

D'après ces auteurs, la solidarité reposerait dans cette hypothèse sur une sorte de présomption de droit de l'existence d'une société plus ou moins momentanée; et pour échapper à la solidarité, il faudrait prouver qu'il n'y a pas société entre les acheteurs.

(1) Denisard, *ibid.*, n. 8.
(2) *Journal du palais*, t. II, p. 45.
(3) Sur l'art. 7 du tit. *Des sociétés*, de l'ordonn. de 1673.
(4) *Ibid.* — « On présume, dit-il, une société tacite entre ceux qui contractent. »
(5) *Jurispr. consulaire*, t. II, p. 225.
(6) *Des oblig.*, t. I, n. 266.

Nicodème (1) est même allé plus loin. Il voit dans le fait d'un achat en commun une présomption absolue, *juris et de jure*, qui établit l'existence de la société d'une manière tellement complète, que les coobligés ne peuvent combattre cette présomption en alléguant des conventions particulières, exclusives de la solidarité, auxquelles le vendeur n'aurait pas été partie, et qui ne dériveraient pas du contenu même de l'obligation.

Mais ces deux opinions ne me paraissent pas mieux fondées l'une que l'autre, et je crois pouvoir facilement démontrer que si l'achat fait en commun par deux commerçants peut, selon les circonstances, être considéré comme la preuve d'une société contractée entre les acquéreurs, il n'en fait pas nécessairement la preuve.

1914. En effet, un point maintenant incontestable, c'est que les coobligés en matière commerciale ne sont tenus solidairement et les uns pour les autres, en l'absence d'une stipulation expresse que lorsqu'ils sont associés. Qu'à défaut d'acte de société, les coobligés puissent être considérés comme associés d'une manière plus ou moins permanente, plus ou moins momentanée, c'est ce qui est également hors de doute : *societas re contrahitur* (2); mais il n'est pas moins évident qu'un fait, n'ayant jamais la précision d'une convention expresse, est toujours susceptible d'interprétations diverses, et qu'il ne peut jamais faire nécessairement preuve de la convention antérieure quand il peut se comprendre et s'expliquer, abstraction faite de cette convention.

Sans doute, si des commerçants ne pouvaient s'obliger en commun, et, par exemple, se réunir pour faire un achat qu'autant qu'ils seraient associés pour une opération dont cet achat serait le principe, on pourrait dire que cet achat prouve la société et que c'est aux acheteurs qui déclinent la solidarité, à prouver qu'ils ne sont pas associés. Mais comme les marchands peuvent acheter une partie de marchandise en commun pour

(1) *Exercice des commerçants*, p. 312.
(2) Cod. com., 42, 49.

se la partager aussitôt et faire ensuite chacun leur affaire de la part qui leur est échue, ce qui exclut toute idée d'association, il en résulte qu'il est impossible d'assigner d'avance une signification uniforme à l'acte collectif des acquéreurs, et qu'il n'est pas plus permis d'y voir la preuve nécessaire d'une association, qu'il n'est permis de conclure de l'absence d'une convention sociale, qu'il n'y a pas d'association. C'est donc un fait abandonné à l'appréciation souveraine des tribunaux, qui prononceront la solidarité quand l'association leur paraîtra constante, et qui diviseront la dette quand les intérêts leur paraîtront distincts et divisés. Telle était, en définitive, la jurisprudence des anciens parlements. Si des arrêts ont admis la solidarité parce qu'il y avait association, d'autres arrêts ont refusé de la prononcer, parce que l'association ne leur paraissait pas prouvée (1) ; et les auteurs qui ont donné à cette jurisprudence un sens plus absolu, ont peut-être suivi trop aveuglément l'opinion de Bornier, le premier qui se soit engagé dans une fausse voie, en abandonnant le droit chemin qu'avaient frayé ses devanciers.

Du reste, il faut remarquer que cette déviation ne porte que sur une question spéciale, celle de savoir si plusieurs commerçants qui se réunissent pour faire un achat, doivent être réputés associés pour cet achat, et sont tenus solidairement du prix ; elle ne porte nullement sur la question générale de savoir si toutes obligations conjointes en matière commerciale, doivent être réputées solidaires, comme procédant d'une association au moins momentanée. Or, il me paraît bien évident que les présomptions plus ou moins graves qui en matière d'achat fait en commun peuvent faire croire à l'existence d'une société et conduire par suite à la solidarité, parce que l'achat en commun peut facilement faire supposer l'intention de revendre en commun; il en est autrement à l'égard des obligations qui n'impliquent pas au même degré l'idée d'une association, par exemple en matière de mandat, de louage de navires, d'assurances, ou de simples obligations de sommes.

(1) Voy. les arrêts cités, *sup.*, n. 1913.

Donc, de ce qu'en matière d'achats faits en commun des auteurs se seraient prononcés pour la solidarité des acheteurs on ne serait pas fondé à en conclure qu'ils ont adopté le principe d'une solidarité générale et de plein droit, complétement inconnue aux premiers interprètes de la coutume et des lois commerciales.

1915. Quoi qu'il en soit, si sous l'ancien droit, qui procédait plutôt de la doctrine que de l'autorité, il y a eu des hésitations à cet égard, elles ne pourraient plus se reproduire sous l'empire du nouveau droit dont les règles fixes et certaines ne permettent de procéder par voie de doctrine que lorsque l'autorité de la loi fait défaut. Or, quoi de plus certain que le principe posé par les art. 1197 et 1202 du Code civil, qui veulent que la solidarité active ou passive ne puisse se présumer, et qu'elle soit expressément stipulée, à moins qu'elle ne résulte de la volonté de la loi? Quoi de plus certain que le Code de commerce, loin de contredire cette règle générale, a déterminé lui-même, et en dehors de ceux prévus par le Code civil, des cas dans lesquels la solidarité aurait lieu de plein droit, faisant ainsi clairement comprendre que dans tous les autres la solidarité ne pouvait avoir lieu que lorsqu'elle était expressément stipulée? Il est bien manifeste, en effet, que si en matière commerciale la solidarité avait toujours lieu de plein droit, il eût été fort inutile de déterminer des cas dans lesquels elle a lieu par la volonté de la loi. Aussi n'y a-t-il pas un seul arrêt et pas un seul auteur, sauf M. Frémery et MM. Delamarre et Lepoitvin, et après eux M. Rodière, qui aient professé une doctrine aussi diamétralement opposée soit aux textes, soit aux déductions logiques du nouveau droit.

Néanmoins, M. Frémery avance que « tous les auteurs qui « ont écrit sur le Code de commerce, ont admis que l'obligation souscrite par deux commerçants est de plein droit solidaire, et que les Cours royales et la Cour de cassation « n'hésitent pas à prononcer la condamnation solidairement (1). »

(1) Page 24.

Parmi ces auteurs, M. Frémery ne cite que M. Pardessus, et en effet c'est le seul, je crois, qui s'explique sur la question (1). M. Pardessus (2), s'occupant d'abord de la solidarité active ou entre créanciers, dit « qu'on admet facilement la « présomption qu'une dette commerciale est, même sans « convention expresse, solidaire entre tous les créanciers en« vers qui le débiteur s'est engagé, et que par conséquent celui « qui a le titre entre les mains a le droit d'exiger le payement « du débiteur commun, parce qu'on suppose une association « entre les créanciers. » Assurément ce n'est pas là poser le principe de la solidarité de plein droit, puisque la solidarité n'a lieu, selon M. Pardessus, que lorsqu'on admet la présomption d'une association. Que cette présomption doive être facilement admise, c'est l'avis de M. Pardessus, et c'est aussi le mien; mais de ce qu'on doit l'admettre facilement, il résulte qu'on peut ne pas l'admettre; d'où cette autre conséquence, que la présomption d'association, et par suite la solidarité, n'existent pas de plein droit. Voilà pour la solidarité entre associés, voici maintenant pour la solidarité entre débiteurs.

« La nature des engagements commerciaux, dit M. Pardes« sus (3), porte à croire qu'une stipulation expresse n'est pas « nécessaire pour qu'ils soient considérés comme solidaires. « Ceux qui contractent ensemble un engagement commercial, « mais sans employer d'expressions, qui, d'après les règles « du droit commun, seraient considérées comme promesses « de solidarité, sont présumés avoir fait une opération en « participation soumise aux règles que nous expliquerons « n° 1049. Mais il faut remarquer que cette solidarité, dérivant « d'une société, ne peut exister lorsqu'aucune intention d'être « obligé solidairement n'est présumable, et que même tout « démontre le contraire. » Il n'y a donc de solidarité, c'est

(1) M. Troplong, *Du mandat*, n. 497, se prononce aussi sur cette question, en invoquant l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin, et *un usage dont la puissance est assez forte pour faire fléchir la loi civile*. Mais j'avoue que c'est là un motif auquel je ne puis reconnaître aucune autorité ni aucune valeur juridique.

(2) N. 181.

(3) N. 182.

M. Pardessus lui-même qui le dit, que lorsque l'intention d'être obligé solidairement est présumable, ce qui signifie clairement que l'association ne doit pas être toujours présumée; en d'autres termes, qu'elle n'est pas présumable de plein droit et que la solidarité n'a pas lieu de plein droit, puisqu'elle dérive d'une présomption qui dépend des circonstances.

M. Pardessus a-t-il contredit ailleurs une opinion si nettement formulée? Non. M. Frémery cite dans une note les n°s 971 et 1049 de l'ouvrage de M. Pardessus. Mais je ne sais ce qu'on peut en conclure. Au n° 1049, on voit quand et comment les associés en participation sont solidaires (1); quant au n° 971, il explique que la solidarité ne crée point par elle-même une société, ce qui assurément ne veut point dire qu'en certains cas une société ne soit pas nécessaire pour créer la solidarité.

Passons aux arrêts.

M. Frémery cite deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 17 février 1830, l'autre de la Cour de Bordeaux du 19 juillet même année, qui prouveraient qu'en matière commerciale, « les Cours royales et la Cour de cassation n'hésitent pas à « prononcer la condamnation solidairement ».

L'arrêt du 17 février 1830 juge, d'après le sommaire posé par l'arrêtiste (2), « que des associés gérants d'une société commerciale, qui ont reçu des sommes appartenant à la société, peuvent être condamnés solidairement et par corps à payer ces sommes à leurs coassociés non gérants, même après la dissolution de la société, et qu'ils diraient en vain que la société n'existe sans stipulation qu'à l'égard des tiers. » Il s'agissait dans cette affaire d'une société composée de trois associés, dont deux étaient administrateurs. Le troisième associé étant décédé, la dissolution de la société s'ensuivit. Postérieurement à cette dissolution, les deux associés administrateurs vendirent l'actif social à un tiers qui leur en paya le prix. Les héritiers de l'associé décédé demandèrent alors à prélever sur ce prix la mise de leur auteur, et soutinrent que

(1) Voy. *inf.*, n. 1980 et suiv.

(2) D., 30, 1, 130.

es deux administrateurs qui avaient touché le prix, et qui n devaient compte, étaient tenus solidairement de le leur estituer jusqu'à concurrence de cette mise. Ils obtinrent ces leux condamnations en première instance et en appel, par es motifs que les deux associés, qui n'avaient tenu ni livres ni registres de leur administration, et qui prétendaient seulement devoir exercer leurs droits concurremment avec le troisième associé pour le prélèvement de leur mise, ne prouvaient pas qu'ils eussent apporté une mise dans la société; et qu'ayant reçu le prix de vente au préjudice du troisième associé qui y avait droit, ils devaient solidairement le lui restituer.

Sur le pourvoi formé par les deux associés administrateurs, a Cour maintint ces décisions, en considérant que les deux administrateurs, ne justifiant pas avoir apporté une mise, ne pouvaient prétendre à aucun prélèvement, que, dès lors, « le prélèvement de la mise de l'associé non administrateur avait été autorisé avec justice sur le prix du fonds social; qu'il était reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué, que les deux associés administrateurs avaient collectivement reçu une partie des sommes dues par l'acquéreur du fonds et appartenant par conséquent à l'associé non administrateur; que c'était donc une condamnation commerciale, et dès lors justement prononcée solidairement et par corps. »

Je reconnais que ce dernier motif semble faire supposer que toute condamnation commerciale doit être prononcée solidairement; mais, en y regardant de près, on voit que ce motif, qui d'ailleurs était complétement inutile, ne saurait avoir une telle portée. S'agissait-il en effet de l'exécution d'une convention à laquelle ont eût voulu faire produire de plein droit des effets solidaires? Nullement. Il n'y avait jamais eu de convention entre les associés, ni relativement au recouvrement du prix du fonds social après la dissolution de la société, ni conséquemment sur les obligations qui devaient naître de ce recouvrement. Si les deux administrateurs étaient redevables de tout ou partie de ce prix, ce n'était donc pas en vertu d'une obligation conventionnelle : d'où cette conséquence forcée

qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer à l'espèce la règle de l'art. 1202 du Code civil, spécial aux obligations conventionnelles, et aux termes duquel la solidarité ne se présume jamais, et doit être expressément stipulée. Quand il n'y a pas de convention sur l'obligation principale, il ne peut y avoir de stipulation sur les obligations accessoires, ou sur le mode d'exécution de cette obligation.

De quoi s'agissait-il donc ? Il s'agissait d'une obligation résultant d'un quasi-délit. Les associés administrateurs, qui avaient cessé de l'être après la dissolution de la société, et qui avaient cependant touché une somme à laquelle ils n'avaient aucun droit, au préjudice de leur coassocié à qui elle revenait, devaient réparer le dommage qu'ils lui avaient causé. La condamnation prononcée contre eux avait donc pour principe un quasi-délit. Or, nous avons déjà vu que, lorsqu'il s'agit d'un fait dommageable, la réparation peut être prononcée solidairement contre tous les auteurs de ce fait (1). L'arrêt qui, dans de telles circonstances, a prononcé la solidarité, ne peut donc avoir jugé que la solidarité est de droit dans les obligations commerciales, et, quels que soient les termes dont il s'est servi, ils doivent être entendus dans leur rapport avec l'espèce qu'il s'agissait de juger.

Quant à l'arrêt de la cour de Bordeaux du 19 juillet 1830 (2), il juge que les associés en participation sont tenus solidairement au payement des dettes de la société, lorsqu'ils se sont obligés en commun, par le même acte, et sans division d'intérêts entre eux. Et comme, dans l'espèce de cet arrêt, l'existence de la société en participation était avouée par toutes les parties, il en résulte qu'il n'a aucun trait à la question de savoir si l'obligation contractée en commun fait présumer la société, de telle sorte que cette obligation soit de plein droit solidaire.

C'est donc à tort qu'on invoque la jurisprudence; elle s'est si peu prononcée dans le sens qu'on lui attribue, que, dans une espèce où il s'agissait d'obligations conjointes souscrites

(1) Voy. *sup.*, n. 1906.
(2) S., 31, 2, 75.

par des commerçants entre lesquels il n'apparaissait aucune société, la Cour de Rouen et la Cour de cassation se sont fondées, pour prononcer une condamnation solidaire, non sur une solidarité de plein droit qui, si elle eût existé, eût tranché la question, mais sur ce que la solidarité résultait de l'interprétation des actes et de la correspondance des parties (1).

1916. En résumé, ni le droit romain, ni le droit intermédiaire, ni le droit nouveau, ni la loi, ni la doctrine, ni la jurisprudence, dans aucun lieu et dans aucun temps; n'ont fait un principe de la solidarité de plein droit en matière commerciale. Il a pu y avoir, sur des questions particulières, quelques hésitations momentanées dans la doctrine ; un arrêt a pu prononcer quelques paroles hasardées auxquelles les circonstances enlèvent toute signification absolue. Mais ces légères dissidences ne font que mettre en relief l'imposante autorité des lois et des coutumes, des auteurs les plus compétents et d'une jurisprudence sagement appréciatrice des faits et des conventions (2).

Jusqu'ici j'ai raisonné principalement dans l'hypothèse de la solidarité des débiteurs : mais il est visible que les mêmes principes, les mêmes règles, les mêmes distinctions, seraient applicables à la solidarité des créanciers, que le Code civil place sur une ligne parallèle à la solidarité des débiteurs.

Maintenant que nous connaissons les règles et les principes généraux, communs à la solidarité entre créanciers et à la solidarité entre les débiteurs, nous allons exposer les règles qui leur sont particulières.

§ II. — *De la solidarité entre les créanciers.*

SOMMAIRE. — 1917. Ce que c'est que la solidarité entre les créanciers, ou la solidarité active. — 1918. Exemples de solidarité entre les créanciers. — 1919. Solidarité active des associés. — 1920. Distinction entre le créancier solidaire et la personne autorisée à toucher en qualité de manda-

(1) Cass., 9 janvier 1838, S., 38, 1, 746.

(2) Voy., en ce sens, M. Alauzet, t. II, n. 515, et MM. Bravard et Demangeat, t. II, p. 256. Voy. aussi un arrêt de la cour d'Aix du 19 juillet 1843, cité par M. Alauzet.

taire. — 1921. Le payement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers les autres. — 1922. Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires. Restriction apportée à cette faculté. — 1923. Le créancier solidaire qui a touché la créance commune en doit compte aux autres créanciers. — 1924. *Quid*, si le créancier solidaire n'a exigé et reçu que sa part? Distinction entre la solidarité conventionnelle et la solidarité légale. Exemple pris de la solidarité des associés. — 1925. De la remise de la dette faite par un créancier solidaire... Par un associé. — 1926. De la remise faite par concordat. — 1927. Du serment déféré par un créancier solidaire. — 1928. Du jugement rendu contre un créancier solidaire. — 1929. De la novation qui s'opère relativement à l'un des créanciers. — 1930. De la transaction consentie par l'un des créanciers. — 1931. La compensation qui s'opère vis-à-vis l'un des créanciers solidaires a-t-elle effet à l'égard des autres? — 1932. Tout acte qui interrompt la prescription au profit de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers. — 1933. La demande d'intérêts formée par un des créanciers fait courir les intérêts au profit de tous. — 1934. La part d'un créancier solidaire se divise de plein droit entre ses héritiers, à moins que la créance ne soit indivisible.

1917. Nous avons vu que la solidarité entre créanciers d'une même chose est le droit qui appartient à chacun d'eux de se la faire payer en totalité (1). Les créanciers solidaires sont en quelque sorte réputés s'être donné un mandat réciproque d'exiger ou de recevoir le payement de la totalité de la créance commune, à la charge de se la partager ensuite d'après leurs conventions particulières (2).

1918. En droit civil, on trouve peu d'exemples de solidarité entre les créanciers. L'indivisibilité de la chose, qui fait l'objet de l'obligation, produit entre les créanciers une sorte de solidarité, puisque les uns et les autres, ayant un droit égal à en demander le payement, peuvent tous également l'obtenir, et que l'indivisibilité de la chose entraîne un payement unique et intégral. Mais cette solidarité n'est pas complète; car, faute par le débiteur de remplir son obligation, les dommages-intérêts auxquels il pourra être tenu se diviseront entre les créanciers, s'il n'y a pas de stipulation de solidarité, et chacun d'eux n'aura droit qu'à sa part.

M. Toullier (3) cite encore comme exemple d'un cas où l'un

(1) C. civ., 1197.
(2) Voy. *inf.*, n. 1923.
(3) T. VI, n. 713.

des créanciers a le droit d'exiger la totalité de la chose due, celui d'une vente où j'ai stipulé sans procuration, comme acquérant tant pour moi que pour Titius. Je puis exiger du vendeur la livraison de la totalité de la chose, soit que Titius ratifie la vente, soit qu'il ne la ratifie pas (1). Relativement au vendeur, la mention faite de Titius est surabondante et comme non écrite. La raison en est que je n'ai point entendu acquérir partiellement, ni partager la chose avec un autre que le tiers pour lequel j'ai stipulé. C'était l'opinion du jurisconsulte Javolenus (2). Mais on comprend que cette règle d'interprétation ne devrait être suivie, principalement dans le commerce, que si la chose achetée, soit à raison de sa nature, soit à raison des circonstances, ne pouvait faire l'objet d'une exploitation partielle. Ce que le jurisconsulte romain dit d'un fonds de terre, pourrait se dire d'un fonds de commerce, d'un navire, et même en certains cas d'une partie de marchandises destinées au commerce en gros, mais ne serait pas toujours applicable à des marchandises essentiellement divisibles et destinées à la revente en détail.

1919. Quant au droit commercial, il offre un exemple remarquable de solidarité entre les créanciers. La solidarité qui naît du contrat de société (3) est à la fois active et passive : passive, en ce que chacun des associés peut être contraint de payer la totalité des dettes sociales, comme nous le verrons bientôt (4); active, en ce que chacun des associés peut exiger du débiteur l'intégralité des sommes dues à la société. C'est la conséquence du pouvoir, qu'à défaut de stipulation contraire, les associés sont censés s'être donné réciproquement d'administrer l'un pour l'autre (5). Cependant, lorsqu'un ou

(1) Voy. *sup.*, n. 1728.

(2) *Fundus ille est mihi et Titio emptus : quæro utram in partem an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi : personam Titii supervacuo accipiendam puto : ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere* (L. 64, ff. *De contrah. empt.*).

(3) Voy. *sup.*, n. 1908.

(4) Voy. *inf.*, n. 1940.

(5) C. civ., art. 1859. M. Troplong, *Des sociétés*, n. 866; Delangle, *sup. Des sociétés commerciales*, n. 262. — V. Pardessus, n. 181 et 182, et n. 1915.

plusieurs associés ont été établis gérants ou administrateurs, seuls ils peuvent toucher les créances sociales, et les autres associés qui, destitués de toute action sociale, individuelle ou collective, ne pourraient même pas agir pour leur part et portion contre les débiteurs de la société, ne peuvent pas, à plus forte raison, agir pour la totalité.

1920. Du reste, il ne faut pas confondre avec le créancier solidaire l'individu qui, sans être créancier, figure néammoins au contrat comme ayant qualité pour recevoir le montant intégral de la dette. C'est ce qui arrive, lorsqu'en contractant avec le créancier, on stipule que la chose ou la somme due sera payée, soit entre ses mains, soit entre celles de telle autre personne désignée au contrat. Cette personne n'a qualité pour recevoir que comme mandataire du créancier, indiqué au débiteur pour la commodité de l'un et de l'autre. Elle est ce que les anciens docteurs appellent *adjectus solutionis causâ.*

1921. Comme nous l'avons déjà dit, le caractère déterminant de la solidarité entre les créanciers, c'est le droit donné à chacun des créanciers solidaires de pouvoir exiger le payement intégral. Il suit de là que le payement fait à l'un des créanciers libère le débiteur envers tous les autres (1), puisqu'en payant à une partie qui avait qualité pour demander et pour recevoir, il épuise l'obligation qui lui était imposée, et ne doit plus rien à personne.

1922. Il y a plus : il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires (2), et conséquemment de se libérer en payant à l'un plutôt qu'à l'autre. Toutefois le Code civil limite cette faculté au cas où le débiteur n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un des créanciers (3). Cette disposition a été empruntée au droit romain : *Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit,* disait Gaius (4). Cette règle s'expliquait

(1) C. civ., 1197.
(2) *Ibid.*, 1188.
(3) *Ibid.*
(4) L. XVI, ff. *De duob. reis.*

parfaitement par l'effet particulier que l'on attribuait à Rome à la demande en justice ou à la *litiscontestatio*, qui était d'éteindre l'action entre tous les créanciers, et d'opérer une novation au moyen de laquelle le débiteur n'était plus tenu envers le poursuivant que des suites de l'*actio judicati* (1); on comprend que sous l'empire de ces idées qui tenaient au mécanisme et à la complication de la procédure romaine, le débiteur qui avait plusieurs créanciers solidaires n'eût plus, lorsqu'il était actionné par l'un d'eux, la faculté de se libérer valablement en payant entre les mains d'un autre. Mais aujourd'hui, avec notre système d'actions si sagement simple et si éloigné de celui des Romains, aujourd'hui que l'action en justice, qui ne modifie en rien la nature et l'essence de l'obligation, n'est qu'un moyen d'obtenir, par voie d'autorité, le payement que le débiteur ne fait pas volontairement, il n'y a pas la même raison pour interdire au débiteur la faculté de se libérer volontairement en payant à un créancier, quand il est judiciairement poursuivi par un autre. Néanmoins, cette disposition, qui a été presque littéralement empruntée à Pothier (2), peut se justifier par d'autres motifs, et notamment par l'intérêt que peut avoir le créancier qui exerce des poursuites à prendre, en quelque sorte, possession de la créance, pour empêcher qu'elle ne soit payée entre les mains d'un autre créancier dont la solvabilité ne lui présenterait pas des garanties suffisantes.

Toutefois, je serais porté à croire que si, après l'action intentée par l'un des créanciers solidaires, un autre créancier se présentait au débiteur, porteur du titre constitutif de l'obligation, et lui demandait le payement, le payement fait entre les mains de ce créancier serait libératoire à l'égard des autres : celui qui est porteur du titre a seul pouvoir de toucher. Il en serait ainsi surtout en matière commerciale, s'il s'agissait de lettres de change ou de billets à ordre, dont le payement est dû au porteur, soit qu'on le considère comme

(1) Godefroy, sur la loi précitée. Voy. des effets analogues de la *litis contestatio* dans les lois 9, *De verb. oblig.*; 37 et 57, *De solutionibus*.

(2) *Des oblig.*, n. 260.

créancier, soit qu'on le considère comme simple mandataire.

A plus forte raison, si deux ou plusieurs créanciers solidaires dirigeaient successivement des poursuites contre le débiteur, celui-ci pourrait-il payer à l'un de ces créanciers à son choix : dans ce cas, le payement serait libératoire à l'égard de tous, bien qu'il n'eût pas été fait entre les mains de celui qui le premier aurait formé une action (1).

1923. De ce que le payement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers les autres, il résulte que les droits que les autres créanciers avaient contre le débiteur libéré se retournent contre le créancier qui a reçu la créance commune, et que ce créancier doit leur rendre compte des valeurs qu'il a touchées, lesquelles sont divisibles entre tous les ayants droit, soit par portions égales, soit inégalement s'il y a convention contraire.

On a cependant agité la question de savoir si le bénéfice de l'obligation était de plein droit partageable entre tous les créanciers solidaires, et si le créancier qui avait éxigé et reçu la totalité de la créance était obligé d'en faire part aux autres créanciers. Le droit romain avait sur ce point des règles diverses, suivant que la créance provenait d'une cause commune à tous, ce qui établissait entre eux une sorte de société (2); ou d'une cause particulière à celui qui avait touché; et encore suivant les conventions qui déterminaient les droits des parties (3). Mais aujourd'hui, du moins en matière de solidarité contractuelle ou légale, la seule qui nous doive occuper (4), et surtout en matière commerciale, la question ne pourrait même pas être soulevée. Les créanciers solidaires poursuivent tous le même but, qui est le profit commun qu'ils se proposent de l'opération dans laquelle ils se sont constitués créanciers : la créance se divise donc de plein droit entre eux, soit égale-

(1) M. Demolombe, t. III, n. 160 et 161; M. Larombière, t. II, sur l'art. 1198.

(2) Voët, *Ad pand., de duob. reis*, n. 7, L. LXII, *in pr.* ff. *Ad legem Falcid.*

(3) Voy. M. Duranton, t. XI, n. 171 et suiv.

(4) Sur la solidarité en matière de legs ou de donations, voy. M. Toullier, t. VI, n. 727.

ment, soit inégalement s'il y a clause contraire à l'égalité (1). Suivant Vinnius (2), le créancier solidaire qui avait reçu le total de la créance commune devait, même en droit romain, y faire participer les autres créanciers, *æquitatis causâ*. C'est cette équité qui est devenue notre règle.

1924. Mais c'est une question plus grave que celle de savoir si le créancier solidaire, qui n'a exigé et reçu que sa part, doit admettre les autres créanciers à y participer, dans le cas où l'insolvabilité du débiteur viendrait à empêcher celui-ci de leur payer la leur. Je crois qu'il faut distinguer. Dans les cas ordinaires et lorsqu'il s'agit d'une solidarité conventionnelle, un créancier solidaire qui n'aurait exigé et reçu que sa part ne pourrait, à moins de convention contraire, être tenu, sous prétexte de l'insolvabilité du débiteur, de la partager avec ses cocréanciers. Si un débiteur solidaire a la faculté de demander et de recevoir toute la créance, il a également le droit de ne demander que sa part, parce que le mandat que les créanciers sont présumés s'être réciproquement donné n'a rien de forcé, et qu'il ne dispense ni les uns ni les autres de veiller à leurs intérêts particuliers.

Si, au contraire, il s'agissait de la solidarité légale des associés, qui, dans le silence de l'acte social, ont le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et conséquemment de toucher les créances sociales (3), il faudrait décider que toute somme touchée par un associé est nécessairement partageable entre tous les coassociés, bien que cette somme ne représentât que la part de l'associé qui l'a touchée. La raison en est que, la société étant une personne morale, ceux qui sont engagés envers elle ne sont pas précisément les débiteurs des individus qui la composent : ils sont les débiteurs de cette personne morale. Il suit de là que, lorsque les créanciers font un payement à l'un des associés, en sa qualité de représentant légal

(1) Toullier, t. VI, n. 727; Delvincourt; t. II, n. 502; Duranton, t. XI, n. 172; M. Larombière, sur l'art. 1197; M. Demolombe, t. II, n. 145 et suiv.

(2) Sur le § 1 des Instit. *De duob. reis*.

(3) Voy. *sup.*, n. 1921.

de la société, le payement, partiel ou intégral, n'est pas réputé fait à la personne de l'associé, mais à la personne morale qu'il représente; en d'autres termes, l'associé ne reçoit qu'à la charge de faire participer la société au bénéfice de ce payement, en le versant dans la caisse sociale pour le compte de tous les associés (1).

1923. De ce que le payement intégral fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur à l'égard de tous les autres, il n'en faudrait pas conclure que la libération qui serait accordée au débiteur par tout autre moyen que par le payement, pût être également opposée aux autres créanciers.

Ainsi, aux termes de l'art. 1198 du Code civil, la remise de la dette, faite par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part du créancier qui a fait la remise. En effet, les créanciers solidaires ne sont réputés mandataires réciproques, que pour toucher la créance due et en donner quittance : ils n'ont aucun mandat pour aliéner la créance ou en disposer de quelque manière que ce soit. Le droit romain avait une règle (2) qui se trouvait parfaitement d'accord avec celle qui dispensait le créancier auquel le payement avait été fait d'appeler les autres créanciers à y participer, et qui donnait, en quelque sorte, au plus diligent la propriété de la créance totale (3). Mais aujourd'hui que tous les créanciers solidaires ont un droit égal au bénéfice de la créance, chacun d'eux peut bien la recevoir tant pour lui que pour les autres; mais, en y renonçant pour lui-même, il ne peut y renoncer pour les autres, qui n'ont pas remis leurs droits à sa disposition (4).

Il en est ainsi même de la remise qui serait faite par un associé. La solidarité active des associés qui provient du droit qu'ils ont d'administrer la société, ne leur donne pas le droit

(1) Voy. M. Demolombe, t. III, n. 155 et suiv.

(2) *Acceptilatione unius tota solvitur obligatio.* L. II, ff. *De duob. reis.*

(3) Voy. *sup.*, n. 1922.

(4) Toullier, t. VI, n. 726; Delvincourt, t. II, p. 500; Duranton, t. XI, n. 176; M. Demolombe, t. III, n. 176 et suiv.

de disposer des créances sociales, parce que le pouvoir d'administrer n'emporte pas celui d'aliéner (1).

1926. Néanmoins, s'il s'agissait d'une remise de dette faite par un concordat après faillite du débiteur, cette remise serait opposable à tous créanciers solidaires, bien qu'un seul d'entre eux eût pris part au concordat. L'homologation du concordat le rendant obligatoire pour tous les créanciers absents ou présents, consentants ou refusants, les créanciers solidaires qui seraient liés par ce contrat, lors même qu'aucun d'eux n'y aurait consenti, ne peuvent se trouver dans une meilleure condition parce qu'un d'eux y a pris part.

1927. De même que le créancier solidaire ne peut nuire aux autres créanciers en faisant remise de la dette, de même aussi il ne peut leur nuire en déférant le serment au débiteur. Le droit romain avait encore à cet égard une règle contraire (2), fondée sur les mêmes principes que celle qui était relative aux effets de la remise, et que les mêmes raisons doivent faire rejeter sous l'empire du droit actuel (3).

1928. On doit en dire autant du jugement qui aurait renvoyé le débiteur des poursuites dirigées contre lui par un créancier solidaire. Ce jugement n'est opposable qu'au créancier qui y a figuré, et nullement à ceux qui n'y ont pas été parties (4).

1929. Il en est de même de la novation, qui peut être considérée comme une remise de la dette, puisqu'elle l'éteint par le changement qu'elle opère, soit dans l'essence même de l'obligation, soit dans la personne du débiteur ou du créancier (5).

1930. Il en est encore de même et par les mêmes raisons de la transaction qui serait consentie par un des créanciers soli-

(1) C. civ., 1988.

(2) *In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri nocebit* (L. XXVIII, ff. *De jurejur.*).

(3) C. civ., 1365; M. Rodière, n. 28.

(4) Duranton, t. XI, n. 179; M. Rodière, n. 28; MM. Aubry et Rau, t. III, p. 12, et t. VI, p. 487 et suiv. — Voy. cependant M. Demolombe, t. III, n. 189 et suiv.

(5) Duranton, t. XI, n. 176; Delvincourt, t. II, p. 500; Marcadé, sur l'art. 1198; M. Rodière, n. 21; M. Demolombe, t. III, n. 183.

daires : comme la remise, comme le payement, comme la novation, elle n'aurait d'effet qu'à l'égard de ce créancier, et ne pourrait être opposée aux autres (1).

1931. Je pense même, quoique l'opinion contraire ait été soutenue avec assez d'insistance (2), que la compensation qui libère le débiteur vis-à-vis d'un des créanciers solidaires, ne le libère pas envers les autres. Pour compenser une créance, il faut en être propriétaire. Or, un créancier solidaire, mandataire de ses cocréanciers pour toucher la créance totale, n'en est propriétaire que pour sa part. Cette créance ne peut donc se compenser que pour sa part avec les sommes dont il serait redevable envers le débiteur (3).

1932. Tout acte qui interrompt la prescription au profit de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers (4), parce que l'acte interruptif émané du mandataire doit naturellement profiter au mandant. Mais il en est autrement de la suspension de la prescription, qui aurait lieu à l'égard de l'un des créanciers, par exemple pour fait de minorité, cette suspension ne profiterait pas aux autres créanciers, parce que l'incapacité du mandataire, qui est la cause de cette suspension, ne peut en aucun cas profiter au mandant (5).

1933. De ce que l'action intentée par un des créanciers solidaires a pour effet de conserver les droits des autres, il en résulte que la demande d'intérêts formée par un des créanciers fait courir les intérêts au profit de tous.

1934. Telle est l'indication succincte des effets de la solidarité entre créanciers. Faisons observer, en terminant, que les mêmes effets n'ont pas lieu à l'égard des héritiers de l'un des créan-

(1) Duranton, t. XI, n. 177; M. Larombière, sur l'art. 1198; M. Demolombe, t. III, n. 185.

(2) Voy. Duranton, t. XI, n. 178; M. Rodière, n. 16; M. Demolombe, t. III, n. 192 et suiv.

(3) Delvincourt, t. II, p. 500; Marcadé, sur l'art. 1198.

(4) C. civ., art. 1199.

(5) M. Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. 1, § 7, art. 2; *Quæst. eod. verb.*, § 14; M. Troplong, *Des prescript.*, t. II, n. 739; Marcadé, sur l'art. 1179; M. Rodière, n. 25; MM. Aubry et Rau, t. III, p. 13. — *Contrà*, Delvincourt, t. II, p. 499, M. Duranton, t. XI, n. 180; et M. Demolombe, t. III, 171.

ciers solidaires. La part de ce créancier se divise de plein droit entre ses héritiers, à moins que la créance ne soit indivisible (1).

§ III. — *De la solidarité entre les débiteurs.*

SOMMAIRE. — 1935. Définition de la solidarité entre les débiteurs. — 1936. Il peut y avoir solidarité, bien que tous les débiteurs ne soient engagés ni en même temps ni par le même acte. — 1937. Il peut y avoir solidarité quoique tous les débiteurs ne soient pas obligés de la même manière.

1935. Ainsi que nous l'avons déjà dit, la solidarité entre débiteurs est l'obligation imposée à chacun d'eux de payer ou de faire seul, pour tous, la chose qu'ils doivent en commun (2). En d'autres termes, il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier. Telle est la définition que l'article 1208 du Code civil donne de la solidarité entre les débiteurs.

1936. C'est donc la même obligation imposée à plusieurs, de faire ou de payer une même chose, et de la faire ou de la payer totalement comme s'il n'y avait qu'un seul obligé, qui constitue la solidarité passive. Il suit de là que si plusieurs sont obligés, bien que par le même acte, à faire ou à donner des choses différentes, il y a autant d'obligations que de personnes, mais il n'y a pas de solidarité ; tandis que, si la même obligation est imposée à plusieurs, également tenus de l'exécuter pour le tout, il y a solidarité, bien que tous ne soient engagés ni en même temps ni par le même acte. Le droit romain exigeait, il est vrai, à la fois l'identité et la simultanéité d'obligation (3) ; mais cette règle, qui était une conséquence des formes rigoureuses de la stipulation, et qui d'ailleurs n'était pas uniformément admise (4), ne saurait trouver place dans

(1) Voy. *sup.*, n. 1901.
(2) *Ibid.*, n. 1903.
(3) L. XII, *in pr.* ff. *De duob. reis.*
(4) L. XIII, *in pr.*, *ibid.*

notre droit. On doit donc reconnaître, contrairement à l'opinion de M. Toullier (1), qui a cédé avec trop de docilité à l'influence des idées romaines, qu'il suffit que les engagements successifs se rapportent tous à la même chose et se réfèrent les uns les autres, pour que tous les coobligés puissent être solidaires (2). Le droit commercial offre d'ailleurs dans la solidarité du tireur et des endosseurs successifs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, un exemple remarquable de la solidarité imposée à des coobligés successifs, et dont le mode d'engagement exclut nécessairement la simultanéité (3).

1937. Il peut également y avoir solidarité, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose : il ne faut pas confondre le mode d'engagement ou d'obligation, avec la chose qui en fait l'objet. Rien ne s'oppose donc à ce que l'un des débiteurs ne soit obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple ; à ce que l'un ait un terme qui n'est point accordé à l'autre (4) ; à ce que celui-ci soit soumis à la contrainte par corps en qualité de commerçant, tandis que celui-là en est affranchi, ce qui se rencontre fréquemment dans les obligations résultant de billets à ordre revêtus de signatures de commerçants et de non-commerçants (5). Dans ces divers cas, chacun des coobligés doit être poursuivi de la manière, dans la forme et suivant les conditions qui lui sont particulières, d'où il suit, que si l'un des coobligés peut invoquer le bénéfice d'un terme, son coobligé, qui a payé la totalité de la dette, ne peut recourir contre lui que lorsque le terme est arrivé ; et que si l'un d'eux n'est obligé que sous une condition suspensive, la solidarité n'existera, à vrai dire, que du moment où la condition se sera réalisée (6).

Avant d'entrer dans l'exposition des effets de la solidarité

(1) T. VI, n. 723.
(2) Delvincourt, t. II, p. 508; Duranton, t. XI, n. 188; M. Demolombe, t. III, n. 206.
(3) C. com., art. 140 et 187. Voy. *inf.*, n. 1987.
(4) C. civ., 1201.
(5) Duranton, t. XI, n. 189; M. Demolombe, t. III, n. 210 et suiv.
(6) C. com., art. 637.

entre les débiteurs, il est nécessaire de donner quelques explications sur les principaux cas de solidarité légale. On comprendra mieux les effets de la solidarité quand on se sera rendu compte des circonstances dans lesquelles elle se produit le plus ordinairement.

Art. 1. — Quand y a-t-il solidarité entre les débiteurs?

SOMMAIRE. — 1938. Solidarité conventionnelle ; elle peut toujours être stipulée. — 1939. Cas divers de solidarité légale. — 1940. Solidarité entre associés; elle n'a lieu qu'en matière commerciale, et non en matière civile. — 1941. Historique des règles sur la solidarité des associés. Droit romain. — 1942. Droit italien. — 1943. Ancien droit français. — 1944. Droit nouveau. — 1945. De la solidarité dans les sociétés en nom collectif. — 1946. L'engagement souscrit par tous les associés nominativement est solidaire. — 1947. Il en est de même des engagements souscrits de la raison sociale. Origine de la raison sociale. — 1948. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale. — 1949. Les associés sont-ils solidairement tenus des engagements souscrits d'une raison sociale dans laquelle on a introduit un nom qui ne figure pas parmi ceux des associés? — 1950. Celui qui, sans être associé, laisse mettre son nom dans une raison sociale, est-il obligé comme un associé véritable? — 1951. La signature sociale n'oblige solidairement tous les associés que lorsque celui qui a signé avait qualité pour le faire. — 1952. Peut-on stipuler que l'engagement souscrit de la signature sociale ne sera obligatoire pour la société que s'il a été signé par deux ou plusieurs associés? — 1953. L'associé qui a signé sans qualité, est seul tenu pour le tout envers les tiers. — 1954. Si plusieurs ont signé sans qualité, ils sont seuls obligés solidairement. — 1955. Les gérants investis du pouvoir de signer peuvent être pris en dehors de la société. — 1956. Le mandataire des gérants, associés ou non, n'a pas la signature. — 1957. L'engagement contracté sous la raison sociale, par une personne ayant qualité, oblige la société, alors même que l'engagement n'a pas été pris dans l'intérêt de la société et qu'elle n'en a pas profité; à moins que la nature même ou l'objet de l'engagement indique qu'il a été contracté dans l'intérêt exclusif de l'associé signataire, ou que le créancier ait connu la cause de l'engagement. — 1958. Il n'y a aucune formule sacramentelle pour l'expression de la raison sociale. — 1959. L'engagement souscrit par l'un des associés en son nom personnel, peut-il obliger solidairement les autres associés? — 1960. Les associés peuvent-ils se prévaloir entre eux de la solidarité qui les lie vis-à-vis des tiers? — 1961. Les associés sont-ils solidairement tenus envers les tiers des engagements pris par le liquidateur après la dissolution de la société? — 1962. En quoi consistent les pouvoirs du liquidateur? — 1963. Du cas où les tiers ignorent que la société est en liquidation. — 1964. Les associés en nom collectif peuvent-ils stipuler qu'ils ne seront pas solidaires envers les tiers? — 1965. De la solidarité dans les sociétés en commandite. Distinction entre les com-

mandités et les commanditaires. — 1966. Des sociétés en commandite pour la course maritime. — 1967. Comment l'associé commanditaire peut devenir solidaire. — 1968... Quand son nom fait partie de la raison sociale. — 1969. *Quid*, de la signature N. et Cie, dans le cas où la société ne se compose que d'un seul commandité et de commanditaires? — 1970. Des actes de gestion faits par un commanditaire. — 1971. Distinction entre les actes de gestion ou d'administration, et les actes de surveillance. — 1971 *bis*. Étendue de la responsabilité du commanditaire qui fait des actes d'immixtion. — 1971 *ter*. Suite. — 1972. Le commanditaire peut, sans se rendre solidaire, faire pour son propre compte des affaires avec la société. — 1973. Le commanditaire qui a fait acte de gestion ne devient solidaire qu'à l'égard des tiers et non à l'égard des associés. — 1974. Par suite le commanditaire qui, sur l'action des tiers, a payé au delà de sa part, a une action en restitution contre ses coassociés. — 1975. Sauf les cas de faute ou de dol. — 1976. Action des tiers contre les commanditaires, quand ils sont devenus solidaires. — 1977. Quand ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur apport. — 1978. Des sociétés anonymes : elles ne produisent aucune solidarité. — 1979. *Quid*, avant leur formation ? — 1980. Des associations commerciales en participation. Les participants sont-ils solidaires? — 1981. Nature particulière de l'association en participation : elle ne constitue point un corps moral. — 1982. L'unité de l'affaire ou la courte durée de l'opération n'est point le caractère distinctif de la participation. — 1983. Les tiers n'ont pas d'action solidaire contre les participants. — 1984. Les tiers n'ont qu'une action oblique. — 1985... Même quand l'association a profité de l'engagement. — 1986. *Quid*, du cas où les prétendus participants s'engagent conjointement et s'obligent en commun. — 1986 *bis*. Des sociétés à capital variable. — 1987. De la solidarité en matière d'effets négociables ou transmissibles par voie d'ordre ; lettre de change, billet à ordre, prêt à la grosse, connaissement. — 1988. La solidarité atteint tous les signataires des lettres de change ou des billets à ordres, commerçants ou non commerçants. — 1989. *Quid*, des lettres de change réputées simples promesses ? Distinction. — 1990... Des lettres de change signées par des femmes ou des filles non marchandes publiques. — 1991... Des lettres de change souscrites par des femmes conjointement avec leurs maris. — 1992. Nature particulière de la solidarité en matière de lettres de change ou de billets à ordre. — 1993. Solidarité du tireur. — 1994. Du donneur d'ordre. — 1995... Des endosseurs. — 1996. Le protêt est la condition du recours solidaire. — 1997. De la renonciation au recours solidaire. — 1998. Étendue de la solidarité en matière de prêt à la grosse. — 1999. Du protêt du contrat à la grosse. — 2000. De la solidarité en matière de connaissement. — 2001. De la solidarité en matière de mandat. — 2002. Solidarité des mandataires : elle n'existe pas de plein droit, spécialement en matière de commission. — 2003. Les syndics d'une faillite sont-ils solidaires, soit envers les tiers, soit envers la masse ? — 2004. *Quid*, des liquidateurs? — 2005. Solidarité des mandants... Spécialement des commettants. — 2006. Les syndics d'une faillite ont-ils une action solidaire contre la masse? — 2007. *Quid*, du mandataire constitué par les syndics ou par la masse des créanciers? — 2008. *Quid*, de l'action des liquida-

teurs? — 2009. De la solidarité en matière de gestion d'affaires. — 2010... En matière de dépôt. — 2011... Entre époux mariés sous le régime de la communauté. — 2012. Solidarité des locataires en cas d'incendie. — 2013. Solidarité en matière de dommages-intérêts.

1938. Comme nous l'avons déjà dit, la solidarité ne se présume pas : il faut même, en matière commerciale (1), qu'elle soit expressément stipulée, sauf les cas où elle a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi (2). En d'autres termes, la solidarité est conventionnelle ou légale : conventionnelle, quand elle est stipulée d'une manière expresse, mais qui ne requiert l'emploi d'aucune formule sacramentelle (3); légale, quand elle est imposée sur la loi.

On peut stipuler la solidarité dans toute obligation où il y a plus d'un coobligé : la loi n'a posé, à cet égard, aucune limite à la liberté des conventions.

1939. Mais elle a limitativement indiqué les cas de solidarité légale. Nous en avons précédemment fait une énumération approximative : il nous reste à entrer ici dans quelques explications sur ceux de ces cas qui sont spéciaux aux matières commerciales, ou qui, résultant d'une disposition de la loi civile, constituent un principe général dont le commerce fait son profit.

Occupons-nous d'abord des cas de solidarité légale dont l'application est la plus ordinaire, c'est-à-dire de la solidarité des associés et de la solidarité des signataires des lettres de change, et des billets à ordre.

1940. La solidarité des associés est particulière aux sociétés commerciales. Dans les sociétés autres que celles de commerce, non-seulement les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, mais encore l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont pas donné le pouvoir : telle est la disposition expresse de l'article 1862 du Code civil. Au contraire, dans les sociétés commerciales, les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de

(1) Voy. *sup.*, n. 1904.
(2) C. civ., 1202.
(3) Voy. *sup.*, n. 1905.

la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale; ainsi le veut l'article 22 du Code de commerce.

Le fondement principal de cette disposition du droit commercial repose sur une fiction de droit qui a pour effet de faire considérer les sociétés comme un corps moral, *corpus mysticum*, suivant l'expression de la Rote de Gênes (1). Ce corps moral ayant une existence particulière et des droits distincts de ceux des personnes qui le composent, est dès lors directement représenté par chacun de ceux qui, en s'associant dans un but déterminé, s'est rendu partie intégrante d'une personne morale aussi indivisible intellectuellement qu'une personne naturelle. Il suit de là que l'action sociale dirigée contre un associé est, dans le fait, dirigée contre la société, et que l'associé est tenu d'y répondre non-seulement pour sa part, mais solidairement et pour le tout. Il est vrai que les sociétés civiles formant un corps moral aussi bien que les sociétés commerciales (2), devraient logiquement être également placées sous le régime de la solidarité. Mais si le droit civil, proprement dit, n'a pas su ou n'a pas voulu tirer toutes les conséquences d'un principe commun aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales, et s'il a soustrait les premières à la solidarité, il a en cela consacré une anomalie et apporté une véritable exception à une règle générale imposée par la nature même des choses. Les sociétés commerciales sont donc à vrai dire dans le droit commun, et les sociétés civiles dans l'exception. On s'explique d'ailleurs très-bien comment les conséquences naturelles de la fiction légale qui fait une personne morale des sociétés, ont été adoptées par le droit commercial, et répudiées par le droit civil. Il est indispensable, pour la sûreté et la promptitude des transactions commerciales, que celui qui a contracté avec une société, c'est-à-dire avec un corps moral, ne soit pas tenu de diviser son action contre les représentants de ce corps. Il n'a pas contracté avec les associés personnellement et en leur privé

(1) Décis. 7, n. 9.

(2) M. Duvergier, *Des sociétés*, n. 381 et suiv.; M. Troplong, n. 58 et suiv.

nom ; il a contracté avec la société ; c'est donc à la société seule que l'intérêt du commerce veut qu'il ait affaire ; et quand il s'adresse à tel ou tel associé, c'est la société qu'il est présumé poursuivre dans la personne de l'un de ses représentants. Il n'y a pas d'opération commerciale qui ne fût compromise, si le créancier qui n'a qu'un débiteur, la société, était obligé de discuter les associés les uns après les autres.

Dans les sociétés civiles, au contraire, il n'y a rien de pareil : l'urgence n'est pas la même, les intérêts sont moins pressants. Le législateur a donc pu, sans inconvénient, soustraire les sociétés civiles au régime de la solidarité, et préférer la commodité des débiteurs au droit strict des créanciers.

1941. Toutefois, la solidarité des associés en matière commerciale, telle qu'elle existe aujourd'hui, c'est-à-dire, soit qu'un seul ait contracté pour tous, soit que tous aient contracté, n'a pas toujours été admise. Elle est l'œuvre de la coutume et la fille du temps ; mais comme, dans cette circonstance, la coutume s'est trouvée être l'expression des nécessités commerciales, en même temps qu'elle était conforme à la nature des choses, elle a fini par être adoptée par la loi qui, en la consacrant, n'a fait que suivre la voie déjà ouverte par la pratique, et éclairée par une doctrine d'autant plus certaine qu'elle avait rencontré des résistances, et qu'elle avait eu la force d'en triompher.

En effet, le droit romain, dont l'influence se fit longtemps sentir, dans le droit commercial, n'avait pas admis le principe général de la solidarité des associés. Une raison d'intérêt public, plutôt qu'une raison de droit, avait fait admettre la solidarité dans les sociétés d'argentiers (1), et peut-être dans les sociétés de publicains (2) ; mais dans les autres sociétés, les associés n'étaient engagés solidairement que lorsqu'ils avaient agi par le ministère d'un facteur, d'un commis ou d'un mandataire. Le Digeste renferme plusieurs textes d'Ulpien, fort précis sur ce point. Dans l'un, Ulpien suppose deux commer-

(1) L. XXV, ff. *De pactis*.

(2) L. IX, § 4, *De publicanis ;* Voët, *Pro socio*, n. 13 ; voyez M. Troplong, *Des sociétés*, n. 822.

çants associés, et qui ont préposé un commis ou instituteur à la gestion de leur maison : et il décide qu'ils sont tenus solidairement des engagements pris en leur nom par leur mandataire (1). Dans d'autres, il décide que si plusieurs armateurs ont préposé un maître ou capitaine à la gestion de leur navire, ils sont solidairement tenus des faits de celui-ci (2) : non pas, précisément, parce que celui qui avait contracté avec un corps moral représenté par un commis ou facteur, n'avait d'autre débiteur que ce corps moral lui-même, dont chacun des associés était le représentant, conséquence que les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir aperçue, bien que d'ailleurs ils vissent dans la société civile ou commerciale une personne morale (3), mais par cette raison moins générale et plus particulière que celui qui avait contracté avec un représentant unique des associés, ne devait pas être contraint à se débattre contre plusieurs, *ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* (4). Quand, au contraire, tous administraient en commun la chose mise en société, chacun d'eux ne pouvait être actionné que pour sa part sociale (5) : ce qui prouve qu'ils n'avaient pas vu toutes les conséquences qu'on pouvait tirer de l'existence du corps social, puisque cette conséquence les eût inévitablement amenés à faire une règle générale de la solidarité dont ils ne faisaient qu'une exception.

1942. Le mouvement commercial qui se manifesta au moyen âge dans les républiques italiennes, fit sentir la nécessité de la solidarité sociale; les commerçants conclurent alors avec plus de rigueur et de justesse que ne l'avaient fait les jurisconsultes. Des auteurs fort anciens, et dont les noms sont à peine parvenus jusqu'à nous, les suivirent dans cette voie nouvelle, mais il y eut des résistances. Nous avons déjà vu Bartole lui-même (6), résolvant par les règles du droit romain, des ques-

(1) L. XIII, ff. *De instit. act.*
(2) L. I, § 25, et IV, § 1, ff. *De exercit. act.*
(3) Voy. M. Duvergier et M. Troplong, déjà cités.
(4) Gaius, l. II, ff. *De exercit. act.*
(1) L. II, *in pr.* ff. *De exercit. act.*
(6) Voy. *sup.*, n. 1911.

tions auxquelles l'état présent des choses avait donné une vivacité toute nouvelle, chercher à résister à la pratique des commerçants, et même à l'opinion des jurisconsultes novateurs qui admettaient la solidarité des associés, non-seulement quand ils avaient agi par le ministère d'un instituteur, mais encore quand ils avaient contracté tous ensemble. Dans tous les cas où les associés remplissaient un office public, Bartole avouait qu'ils étaient solidaires, par analogie de ce que les lois romaines décidaient relativement aux sociétés d'argentiers; mais s'il s'agissait d'une affaire privée, il n'admettait la solidarité que lorsque les associés agissaient par le ministère d'un facteur ou instituteur, ou lorsqu'opérant séparément et dans des lieux différents, ils pouvaient être réputés respectivement instituteurs ou mandataires les uns des autres (1). Mais les sociétés commerciales, à une époque aussi essentiellement commerçante que le moyen âge de l'Italie, ne pouvaient s'accommoder d'un système qui étouffait leurs développements dans les étroites limites d'une législation faite pour d'autres temps et proportionnée à de moindres nécessités. L'opinion qui admettait la solidarité des associés, soit qu'un seul eût contracté pour tous les autres, présents ou absents, soit que tous se fussent engagés conjointement, devait donc finir par l'emporter.

Sur le premier point, la jurisprudence italienne se dessina nettement dans les arrêts de la Rote de Gênes (2). Mais pour la justifier, la doctrine ne se fonda pas d'abord sur la raison prépondérante de l'indivisibilité du corps social, dont les associés sont les représentants, mais sur ce que tous les associés étant réputés les mandataires les uns des autres, tous répondaient solidairement de ce qui était fait par l'un d'entre eux :

(1)... *Si vero talis negotiatio propriâ voluntate fuerit assumpta, non ex publico, tunc aut plures gerunt istam negotiationem et mercantiam per suos institores seu exercitores qui vulgo appellantur factores, et quilibet eorum tenetur in solidum institoriâ seu exercitoriâ actione... Si verò talem negotiationem gerunt per se ipsos, tunc aut ambo et quilibet tenetur pro proportionem quam habet in negotiationem; aut exercet separatim, puta sunt duo socii, unus exercet Perusii, alius exercet Florentiæ, tunc quilibet tenetur in solidum... Invicem institores præpositi* (*In lege Eamdem*, quæst. 7, n. 9.)

(2) *Décis.* 14, n. 173.

ex verâ passimque in foro receptâ conclusione, disait le cardinal de Luca (1), *quod inter socios de jure datum censetur reciprocum mandatum per quod quilibet eorum commune negotium administrare potest atque in ejusdem negotii causam consocios etiam in solidum obligare;* et subsidiairement sur l'intérêt du commerce: *Et quando desuper non haberemus juris dispositionem, id evidenter comprobarent tam ipsa ratio naturalis quàm communis usus commercii mercantilis, cum aliàs negotia socialia quæ frequentius habent socios in diversis locis existentes, explicari non possint* (2). Cette raison n'est pas la meilleure de toutes, mais elle vaut assurément mieux que la première.

1943. La jurisprudence italienne fut de bonne heure reçue en France, ainsi que le constatent les arrêts des parlements cités par Charondas (3) et par Maynard (4), rendus dans le seizième siècle, et l'opinion unanime de nos anciens auteurs (5). « On tient pour certain, dit Bacquet (6), que les marchands associés sont solidairement obligés par les cédules et obligations les uns des autres, tellement que l'un d'eux achetant de la marchandise ou bien empruntant deniers, *omnes in solidum tenentur* et peuvent être solidairement convenus pour payer le tout. La cédule de l'un est autant que si elle était faite par l'autre ; le fait de l'un est le fait de l'autre ; sont tenus solidairement du fait l'un de l'autre, et s'obligent l'un l'autre, *sive præsentes, sive absentes, sive scientes, sive ignorantes : censentur enim invicem exercitores, vel institores, vel præpositi, vel magistri...* Et cela est certain en France entre marchands associés, de quelque négociation que ce soit, volontaire ou autre. »

Le second point ne resta pas non plus longtemps douteux; dès qu'un seul associé peut obliger solidairement tous les

(1) *De cambiis, Disc.* 29, n. 3.

(2) *Loc. cit.*, n. 4.

(3) Arrêt du parlement de Paris, du 7 sept. 1561 ; Charondas, *Rep.*, l. VII, ch. CIII et l. VIII, ch. XXXVIII.

(4) Arrêt du parlement de Toulouse, du mois d'août 1591 ; Maynard, liv. IV, ch. XXIV.

(5) Toubeau, *Inst. du droit consulaire*, t. II, p. 95 ; Bornier, sur l'art. 7 du titre *Des sociétés ;* Maréchal, *Traité des changes et rechanges.*

(6) *Droits de justice*, ch. XXI, n. 250.

autres, parce que seul il représente le corps social, à plus forte raison tous les associés le représentent-ils et doivent-ils être tous solidairement engagés, quand tous se sont engagés ensemble et en même temps. On ne pouvait donc admettre la solidarité dans un cas sans l'admettre dans l'autre. La coutume fut dès lors la même dans les deux hypothèses, et ni la jurisprudence (1), ni la doctrine ne distinguèrent là où il y avait même raison de décider. «Ce faisant, dit encore Bacquet (2), si deux marchands empruntent six cents écus à rendre dedans six mois, et que l'obligation porte associés, ils sont solidairement obligés et tenus au payement de la somme due. »

1944. Ces règles furent de bonne heure consacrées par la loi française, avec les distinctions exigées par les caractères particuliers aux différentes espèces de sociétés. Ainsi l'art. 7 de l'ordonnance de 1667, *Titre des sociétés*, porte que « tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie, et non autrement ; » tandis que l'art. 8 ajoute que les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part. » Ces dispositions ont été reproduites et développées par le Code de commerce. Le Code de commerce distingue la *société en nom collectif* ou générale, qui est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale (3), et dans laquelle tous les associés sont solidaires (4) ; la *société en commandite*, qui se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite*, et qui ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur part (5) ; la *société anonyme* qui n'existe point sous un nom social, qui est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise, et dont

(1) Rote de Gênes, décis. 14 *passim*.
(2) *Loc. cit.*
(3) C. com., art. 20.
(4) C. com., art. 22.
(5) *Ibid.*, 23.

les associés ne sont jamais solidaires (1), et enfin l'association en participation (2). A quoi il faut ajouter les sociétés à *capital variable*, autorisées par la loi du 24 juillet 1867, dont la forme spéciale peut s'adapter à toute espèce de société, et qui introduit dans chacune de celles dont les statuts contiennent la stipulation que leur capital est susceptible d'augmentation par des versements nouveaux ou l'admission d'associés nouveaux, ou de diminution par la reprise totale ou partielle des rapports effectués, certaines modifications aux règles du droit commun, que je signalerai à mesure que l'occasion s'en présentera.

1945. Examinons successivement les règles particulières à ces différentes sortes de sociétés.

La société en nom collectif est la société proprement dite. C'est la véritable association des personnes et des capitaux; c'est à la société en nom collectif que le cardinal de Luca donne la qualification de société générale et universelle, *societas universalis* (3); c'est à cette société que s'appliquent principalement les règles anciennes sur le lien solidaire qui réunit tous les associés en un faisceau, règles auxquelles l'art. 23 du Code de commerce a donné la consécration de son autorité.

Aux termes de cet article, « les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. »

1946. Il résulte d'abord de cette disposition, que l'engagement souscrit par tous les associés nominativement et par l'apposition de leurs signatures, les oblige solidairement. S'ils sont tous obligés solidairement, encore qu'un seul des associés ait signé pourvu que ce soit sous la raison sociale, à plus forte raison sont-ils tous obligés de la même manière, lorsque tous ont signé et réellement donné leur signature, dont la raison sociale n'est que la représentation collective. C'est ce qui

(1) C. com., art. 29, 30, 33.
(2) *Ibid.*, 47 et suiv.
(3) *De cambiis, Disc.* 29, n. 6.

a lieu notamment quand une société n'étant pas constatée par écrit, ne prend pas de raison sociale (1). Dans ce cas, quoique la société puisse être annulée à l'égard des intéressés, elle n'en conserve pas moins tous ses effets à l'égard des tiers (2), qui peuvent dès lors agir solidairement contre les associés, aussi bien que si la société était constatée par acte écrit. C'est ce qui fait que les obligations conjointes souscrites par des commerçants, peuvent être déclarées solidaires lorsqu'il est établi que ces commerçants sont associés soit d'une manière permanente, soit momentanément et pour l'affaire particulière, qui fait l'objet de l'engagement (3).

1947. Il résulte ensuite de ce même article 22, que, dans les engagements de la société, la raison sociale équivaut pleinement à la signature de tous les associés, et les engage tous, comme si tous avaient réellement et effectivement signé.

Dans l'origine, l'associé qui contractait au nom de la société signait non-seulement de son nom, mais encore du nom de ses coassociés qu'il ajoutait au sien. C'est ce qu'on appelait, *expendere nomen in simul*. La preuve de cet usage est fournie par la Rote de Gênes, dans un passage très-remarquable que j'ai déjà eu l'occasion de citer (4), où elle décide qu'il y a solidarité, *quando reus subscribit nomen suum, ut alterius socii, vel plurium scientium et patientium..... et illud est expendere nomen in simul* (5). Mais on simplifia bientôt après une signature composée de plusieurs noms, en adoptant une signature ou une raison sociale, *nomen sociale*, comme dit, Casaregis (6), qui embrassait, sous la formule collective de *N... et compagnie*, les noms de tous les associés nommés ou innomés. M. Frémery, dans une dissertation fort savante mais un peu systématique, et qui a le défaut de ne pas tenir compte des autorités les plus graves, cherche à établir que la formule *N... et compagnie*, n'a pas eu primitivement pour but et pour résultat d'obliger so-

(1) Cass., 10 août 1859, S., 60, 1, 29.
(2) C. com., art. 42. Aix, 4 juin, 1868, D., 69, 2, 242.
(3) Voy. *sup.*, n. 1913.
(4) Voy. *sup.*, n. 1911.
(5) Décis. 97, n. 13.
(6) *Disc.* 39, n. 13.

lidairement les associés non dénommés, mais au contraire de laisser inconnus ceux qui voulaient échapper à la solidarité; qu'elle était particulière à la société en commandite, où les associés commanditaires sont affranchis de la solidarité qui pèse sur les autres (1), et que ce n'est que plus tard et par extension, qu'elle est devenue le signe d'une société ordinaire et une source de solidarité (2). M. Troplong (3) a prouvé, avec autant de logique que d'érudition, que la formule *N... et compagnie* a originairement désigné des associés solidaires envers les tiers, des associés collectifs ou enveloppés dans une formule collective, et que la société en commandite ne s'en est emparée que plus tard, lorsque l'écriture, devenue plus fréquente dans la constitution des sociétés, est venue en aide aux commanditaires, et a éclairé le public sur la position limitée dans laquelle ils entendaient rester. Quoi qu'il en soit de ce point, qui ne peut avoir aujourd'hui qu'un intérêt purement historique, toute société qui a des associés solidaires, peut avoir une raison sociale ; la société en nom collectif, parce que tous les associés qui la composent sont solidaires; la société en commandite parce qu'elle a nécessairement des associés solidaires, à l'égard desquels la société est en nom collectif (4).

1948. Il suit de là que les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale (5), puisque seuls ils peuvent donner leur nom à la société, et que d'ailleurs l'indication d'un nom dans la raison sociale, suppose l'association des personnes nommées avec celles qui ne sont pas nommées (6).

(1) Voy. *inf.*, n. 1965.
(2) *Études de droit com.*, p. 39.
(3) *Des sociétés*, n. 361 et suiv.
(4) C. com., art. 20, 24.
(5) *Ibid.*, 21.
(6) Ce qui toutefois n'empêche pas qu'une société commerciale puisse valablement agir sous une raison sociale dans laquelle figure le nom d'un associé décédé, lorsqu'il a été convenu que la société continuerait nonobstant le décès de cet associé, et que les faits qui donnent lieu à l'action remontent à une époque antérieure à ce décès. — Voy. Cass., 7 juillet 1852, S., 52, 1, 713; 7 déc. 1858, S., 59, 1, 619; et 10 janv. 1870, S., 70, 1, 157.

1949. De là naissent deux questions : la première, de savoir si les associés véritables sont solidairement tenus des engagements souscrits par une raison sociale dans laquelle ils ont introduit un nom qui ne figure pas parmi ceux des associés; la seconde, si celui qui, sans être associé, a laissé mettre son nom dans une raison sociale, est obligé comme un associé véritable.

Sur le premier point, il faut distinguer : si la raison sociale dans laquelle figure un individu étranger à la société, a été déterminée par l'acte même de société, les associés qui ont consenti à contracter sous une raison sociale irrégulière, ne peuvent se prévaloir de cette irrégularité, pour prétendre qu'ils ne sont pas obligés envers les tiers par les engagements souscrits de cette raison sociale; et s'ils sont obligés, ils sont obligés solidairement : cela est sans difficulté. Si, au contraire, le nom d'une personne étrangère à la société se glisse dans la raison sociale postérieurement à l'acte qui la détermine, alors les associés qui n'ont pas pris part à cette introduction, ne sont pas obligés par une signature qui n'est pas celle de la société. Ceux qui sont les auteurs de cette introduction en sont seuls responsables, sans préjudice des dommages-intérêts dont ils seraient passibles à raison de la fraude ou du dol dont ce fait pourrait présenter les caractères.

1950. Sur le second point, il me paraît hors de doute que celui qui a consenti à ce que son nom figurât dans la raison d'une société dont il ne fait pas partie, a par cela même consenti à passer pour associé aux yeux des tiers, et qu'il doit être solidairement tenu des engagements sociaux, tout comme s'il était associé. Je ne saurais donc admettre le système d'un arrêt de la Cour royale d'Aix du 16 janvier 1840 (1), qui juge que si, dans les sociétés en nom collectif, les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale, il ne s'ensuit pas que l'on doive nécessairement réputer associé, et comme tel tenu des obligations contractées par la société, celui qui, après s'être retiré de la société, a souffert que son nom conti-

(1) S., 1840, 2, 465.

nuât de figurer dans la raison sociale, et qu'à cet égard les tribunaux doivent apprécier l'influence que la simulation de la raison sociale a pu exercer sur les tiers. C'est là un moyen terme aussi contraire à la loi qu'à l'équité, puisque l'introduction ou le maintien dans la raison sociale du nom d'un individu qui n'est pas ou qui n'est plus associé, ne peut avoir d'autre objet que d'augmenter le crédit de la société, en présentant aux tiers, comme associé, et conséquemment comme obligé, celui qui n'est pas associé. En résultat, introduire un nom étranger dans la raison sociale n'est qu'une manière de cautionner l'engagement social; le non-associé qui laisse introduire son nom dans une raison sociale répond donc, comme caution, des engagements sociaux. Inutile d'ajouter que ces engagements étant contractés par un corps moral indivisiblement obligé, la caution est nécessairement obligé solidairement et pour le tout (1).

J'inclinerais même à penser avec M. Horson (2) et avec M. Troplong (3) que le non-associé qui laisse mettre son nom dans une raison sociale, s'expose à l'action solidaire des tiers, alors même qu'il n'aurait consenti à ce que son nom y figurât que sous la condition, expressément stipulée dans l'acte social, qu'il ne pourrait être obligé pour la société. Cette stipulation, qui n'est pas sans exemple, me semble complétement inefficace. Les affaires commerciales se traitent de bonne foi et avec une rapidité qui ne permet pas aux tiers de recourir à l'acte de société pour vérifier la qualité des individus qui figurent dans la raison sociale, et les conditions sous lesquelles ils ont consenti à y figurer. Admettre la validité d'une pareille stipulation serait faciliter les fraudes qui se cachent le plus ordinairement sous l'introduction dans la raison sociale du nom d'individus étrangers à la société, et leur permettre de les exercer en toute sûreté.

1951. Les associés ne sont solidairement responsables des

(1) Voy. M. Bédarride, *Des sociétés*, t. I, n. 137 et suiv. — Voy. cependant M. Alauzet, t. I, n. 128.

(2) *Quest. sur le Code de com.*, t. I, p. 22.

(3) *Des sociétés*, n. 373.

engagements souscrits de la signature sociale, que lorsque celui qui a signé avait qualité pour le faire, et par suite pour obliger la société. Si donc par l'acte de société, la signature sociale avait été réservée à un ou plusieurs associés gérants, à l'exclusion des autres, les engagements souscrits de la raison sociale par des associés exclus ne pourraient être opposés à la société, pourvu toutefois que la publication régulière de l'acte de société eût porté à la connaissance des tiers les modifications conventionnelles qu'auraient reçues les pouvoirs ordinaires des associés (1). Il ne peut y avoir aucune difficulté en présence de l'article 43 du Code de commerce aujourd'hui remplacé par l'article 57 de la loi du 24 juillet 1867 aux termes duquel l'extrait publié des actes de société doit contenir la désignation de ceux des associés autorisés à administrer, à gérer et à signer pour la société.

1052. Mais on a élevé quelques doutes sur le point de savoir si l'on peut valablement stipuler dans un acte de société, que les engagements sociaux ne seront obligatoires pour la société qu'autant qu'ils auront été signés conjointement par plusieurs des associés gérants. Ces doutes proviennent de ce que l'art. 22 du Code de commerce, en disant que tous les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, semble exclure toute restriction à la faculté personnelle qu'il reconnaît aux associés, notamment toute restriction qui aurait pour objet de n'obliger solidairement les associés qu'autant que l'engagement social serait signé conjointement par deux ou plusieurs associés gérants. Mais, en y regardant de plus près, il devient manifeste que si la loi permet de limiter les droits généraux des associés, en attribuant la signature sociale à quelques-uns d'entre eux, au préjudice des autres, rien ne s'oppose à ce qu'on puisse limiter de même les pouvoirs des associés gérants auxquels est réservée la signature. Les associés gérants sont des mandataires; et il n'est pas douteux qu'en toute matière on puisse donner mandat à plusieurs avec la condition

(1) M. Troplong, *Des sociétés*, n. 812; M. Horson, t. I, p. 23.

qu'aucun des mandataires ne pourra agir séparément. C'est ce que l'article 1857 du Code civil permet expressément en matière de société civile; et cette règle est également applicable aux sociétés de commerce qui sont régies par le droit civil, dans tous les cas où le Code de commerce ne contient pas une disposition contraire ou dérogatoire (1). Or, cette disposition contraire ne se trouve pas dans l'article 22; car si cet article veut que les associés soient solidairement tenus des engagements sociaux souscrits par un seul d'entre eux, sous la raison sociale, c'est là un principe général qui prévaut en l'absence de conventions contraires, mais qui n'a pas le caractère d'une disposition d'ordre public à laquelle il serait interdit de déroger (2).

1953. Concluons de là que si un associé auquel l'acte social refuse d'une manière plus ou moins absolue le pouvoir d'obliger la société, signe de la signature sociale des engagements pris dans l'intérêt de la société, il répond seul, pour le tout et solidairement, envers les tiers, de l'engagement qu'il a contracté, tandis que les autres associés ne sont obligés que jusqu'à concurrence de ce qui serait prouvé avoir tourné au profit de la société, et seulement pour leur part et portion, parce que, relativement à eux, il n'y a pas eu engagement social proprement dit, mais seulement engagement relatif à une chose commune (3).

1954. Mais si plusieurs associés, sans qualité pour engager la société, s'engagaient conjointement dans l'intérêt de la société, je pense qu'il y aurait solidarité entre eux, non pas précisément comme semble le croire M. Duranton, parce que leur propre obligation doit avoir autant d'effet que celle qu'ils auraient contractée par le ministère des gérants (4); car les gérants représentent le corps social, tandis que les associés sans qualité ne représentent qu'eux-mêmes; mais parce qu'en s'engageant conjointement comme associés et dans l'intérêt

(1) C. com. art. 18.
(2) M. Horson, t. 1, p. 28.
(3) Cass., 18 mars 1824; S., 7, 1, 417; M. Troplong, n. 820.
(4) T. XI, n. 195.

de la société, ils sont présumés s'être soumis à une solidarité conventionnelle, dont la stipulation résulte, d'une manière suffisante, de la qualité prise par les obligés et l'objet de l'engagement.

1955. Remarquons que rien ne s'oppose à ce que les gérants soient pris en dehors de la société, et que, dans ce cas, les associés sont solidairement tenus des engagements souscrits de la raison sociale par un gérant non associé, aussi bien que si un associé les eût signés : la société, personne morale, peut comme une personne naturelle transmettre à un mandataire de son choix le pouvoir de l'obliger.

1956. Mais le mandataire que se serait substitué l'un des gérants, associé ou non, ne pourrait engager la société, ni conséquemment les associés solidairement. C'est la signature sociale qui oblige la société, et cette signature n'appartient qu'aux gérants, quand les associés ne se la sont pas réservée. L'associé ou le gérant qui a la signature sociale ne peut ni la transmettre, ni la céder. L'engagement pris par le mandataire qu'il se serait substitué, serait dès lors réputé pris par celui-ci en son privé nom, ou au nom de son mandat, qui seul en serait tenu pour le tout, tandis que les autres associés ne pourraient être tenus que pour leur part et portion dans le bénéfice que la société aurait retiré de l'opération.

1957. De tout ce qui précède, il suit qu'en principe tout engagement contracté sous la raison sociale par une personne ayant qualité, oblige la société, parce que c'est la société elle-même qui est réputée s'engager par l'organe de son représentant. Les tiers, envers lesquels l'engagement a été pris, peuvent dès lors agir contre les associés par voie d'action solidaire, sans avoir à s'enquérir si, en réalité, l'engagement a été pris dans l'intérêt de la société, et si elle en a profité (1), alors même que le gérant, ou l'associé qui a contracté, aurait agi en dehors de ses pouvoirs (2).

Résulte-t-il de là que la société soit obligée, si la nature même de l'engagement souscrit de la raison sociale indique

(1) Pothier, *Du contrat de société*, n. 101 ; Savary, parère 15.
(2) Cass., 7 juil. 1868, D., 69, 1, 319.

qu'il est contracté dans l'intérêt exclusif du gérant ou de l'associé signataire? Le tiers, qui en contractant a su ou dû savoir que la société ne devait pas profiter de l'obligation abusivement prise en son nom, aurait-t-il une action solidaire contre les associés? Je ne saurais le penser. J'ai pour moi tous les auteurs anciens et modernes, Casaregis (1), Pothier (2), M. Merlin (3); M. Pardessus (4), M. Delangle (5), M. Troplong (6), et la question ne m'aurait paru susceptible d'aucun doute, si la Cour de cassation n'avait pas jugé que, sauf les cas de dol et de fraude tout associé, investi du droit d'obliger la société, est légalement présumé avoir fait, en donnant la signature sociale, une affaire qui intéresse la société, et que la société ne peut, pour se soustraire aux effets de l'obligation, prétendre soit que les tiers savaient que la dette était personnelle au gérant, soit que la nature même de l'affaire indiquait aux tiers qu'elle n'intéressait que l'associé signataire (7). La Cour crée ici une sorte de présomption *juris et de jure*, dont le prétexte ne se trouve même pas dans l'article 22 du Code de commerce, le seul dont son système puisse s'autoriser. D'après cet article, les associés sont solidaires pour *tous les engagements de la société*, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale, ce qui ne veut pas dire assurément que tous les engagements souscrits par un associé sous la raison sociale soient présumés *juris et de jure*, légalement, des *engagements de la société*. Je comprends que lorsque rien n'indique aux tiers qui contractent avec un associé sous la raison sociale, que le contrat a pour objet l'intérêt exclusif de cet associé, les autres associés ne soient pas recevables à contester le droit

(1) *Disc.* 39, n. 12.
(2) *Ubi sup.*
(3) *Repert.*, v° *Faux*, sect. I, § 5.
(4) *Droit com.*, art. 1023.
(5) *Des sociétés*, n. 247 et suiv.
(6) *Sociétés*, n. 805. — Voy. encore, dans le même sens, M. Bédarride, *Des sociétés*, t. I, n. 159, et M. Alauzet, t. I, n. 151. — Voy., cependant, M. Rodière, t. I, n. 249 et suiv.
(7) Cass., 11 mai 1836, 22 avril 1845, 7 mai 1851 et 21 fév. 1860, S., 1836, 1, 711; 45, 1, 341; 51, 1, 321; et 60, 1, 415.

des tiers qui les actionnent solidairement. S'il en était autrement, personne ne voudrait contracter avec un associé agissant au nom de la société, et rien ne serait plus facile aux associés que de tromper les tiers, à l'aide de collusions habilement ménagées. Ce n'est pas l'article 22 qui dit cela : c'est la raison, le bon sens et l'intérêt du commerce. Lorsque au contraire l'acte lui-même, bien que signé de la raison sociale, porte la preuve qu'il n'intéresse pas la société, mais uniquement l'associé signataire, aucune présomption ne peut militer en faveur des tiers qui ont su ou dû savoir ce qu'ils faisaient, et il n'y a plus lieu de craindre ni fraude, ni collusion de la part des associés qui, dès le principe, étaient en dehors de l'affaire (1). La jurisprudence de la Cour de cassation ne peut donc être approuvée.

Dans tous les cas, il est hors de doute que le créancier aurait agi de mauvaise foi, et que la société ne serait pas engagée, s'il avait su que l'engagement souscrit de la signature sociale par l'associé gérant à raison d'une dette qui lui était personnelle, était souscrit dans le but de l'avantager au préjudice de la société (2).

Il faut d'ailleurs ne pas perdre de vue que le gérant d'une société, et surtout d'une société en commandite, étant le représentant légal de la société et sa personnification dans ses rapports avec les tiers, lorsqu'il contracte au nom de celle-ci dans la sphère de ses attributions, c'est la société elle-même qui est réputée avoir contracté, tellement que si le gérant pratique des manœuvres frauduleuses et s'il commet un dol dans les actes de sa gérance, non-seulement la société n'en doit pas profiter, mais encore elle doit au contraire réparer en entier le préjudice qui en résulte pour les tiers, quelle que soit d'ailleurs la bonne foi personnelle des autres associés ou actionnaires (3).

(1) Voy. encore MM. Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés de commerce*, p. 95 ; M. Duranton, t. XI, n. 295. — Voy. aussi Paris, 12 et 14 août 1852, S., 52, 2, 495.

(2) Cass., 24 janv. 1853, S., 53, 1, 241.

(3) Cass., 15 janv. 1872, S., 72, 1, 9.

1938. Tels sont les effets attachés à l'emploi de la raison sociale. C'est ici le lieu de faire observer qu'il n'y a aucune formule sacramentelle pour exprimer une raison sociale (1). Il arrive qu'elle se compose des noms de tous les associés quand ils sont peu nombreux; le plus ordinairement on emploie la formule N. *et compagnie;* quelquefois elle consiste dans l'énonciation du lien de parenté qui unit les associés : comme N... *frères*, ou N... *et fils*. Toutes ces formules sont également valables, et obligent solidairement tous les associés. Il y a plus, la simple signature d'un associé peut équivaloir à la raison sociale, lorsque cet associé a signé comme chef de la société (2), ou lorsqu'il résulte des circonstances qu'il a signé pour la société, *nomine sociali* (3). Il n'est pas absolument nécessaire que l'associé qui signe pour la société, fasse suivre son nom de ces mots *et compagnie* (4). *Socii nunquam tenentur ex contractu alterius socii*, dit Casaregis (5), *nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale vel saltem ex facti circumstantiis aut subjectâ materiâ illud argui potuerit.*

1939. C'est une question plus délicate que celle de savoir si les engagements souscrits par l'un des associés en son nom personnel, sans addition de la raison sociale, et sans aucune mention propre à faire supposer que l'engagement ait été contracté dans l'intérêt de la société, peuvent obliger solidairement les autres associés.

D'abord il n'est pas douteux que si la société n'a pas profité du contrat fait par un associé en son nom personnel, par exemple, si les deniers empruntés par l'associé n'ont été ni versés dans la caisse sociale, ni employés dans l'intérêt de la société, aucune action, solidaire ou non solidaire, ne peut être dirigée contre les associés (6).

(1) M. Troplong, n. 370.

(2) Cass., 23 avril 1816, S., 5, 1, 180; D., 7, 759.

(3) Cass., 23 frim. an XIII, S., 2, 1, 37; D., 5, 1, 186; 29 août 1846, S., 47, 1, 28; et 12 mars 1850, S., 50, 1, 257.

(4) Malepeyre et Jourdain, p. 29; Favard, *Répert.*, vº *Société*, ch. III, sect. I, § 1, n. 3. *Contrà*, Cass., 13 fruct. an IX, S., 1, 1, 517; D., 12, 118.

(5) *Disc.* 39, n. 13.

(6) Cass., 17 mars et 14 mai 1831, S., 31, 1, 237 et 838; D., 31, 1, 131 et

Si, au contraire, les deniers empruntés par un associé en son personnel ont été versés dans la caisse sociale, ou ont profité à la société, les autres associés sont-ils obligés, et comment sont-ils obligés?

Pour résoudre la question, il ne faut pas perdre de vue que la société est une personne morale totalement distincte de la personne des associés. Donc, lorsqu'un associé contracte en son privé nom, la société ne contracte pas, et puisqu'elle ne contracte pas, elle n'est pas obligée. Sans doute, si la société profite de l'opération faite par l'associé, il s'opère entre elle et l'associé un contrat ou un quasi-contrat qui l'oblige. Mais envers qui? Envers celui avec qui elle contracte, c'est-à-dire envers l'associé, et nullement envers les tiers qui, en contractant avec l'associé en son privé nom, ne pouvaient prétendre à aucune action contre la société restée étrangère au contrat. Les tiers n'ont donc aucune action directe ou de leur chef contre la société à raison du profit qu'elle aurait tiré du contrat fait par un associé en son nom personnel, pas plus qu'un prêteur n'a une action de cette nature contre toute personne dans les mains de laquelle seraient passés les deniers reçus par l'emprunteur. *Socius socium non obligat:* telle est la règle (1), et elle ne fléchit pas devant la circonstance, complétement étrangère aux tiers, des accords qui seraient postérieurement intervenus entre l'associé et la société : *Mutuans socio alicujus rationis aliquàm pecuniæ quantitatem non habet actionem contrà societatem quamvis eamdem pecuniam dederit societati.* Telles sont les propres paroles de Casaregis (2).

Mais comme les tiers peuvent exercer les actions de leurs débiteurs (3), si les deniers versés ont tourné au profit de la

215; 13 mai 1835, S., 35, 1, 854; D., 35, 1, 297; Rennes, 17 fév. 1849, S., 49, 2, 603.

(1) Rote de Gênes, décis. 14, n. 129.

(2) *Disc.* 147, n. 15; Pothier, *Du contrat de société*, n. 101 et 105; M. Troplong, *Des sociétés*, n. 773 et suiv.; M. Delangle, n. 233; M. Alauzet, t. I, n. 133; Cass., 12 mars 1850, S., 50, 1, 257. — Voy. cependant M. Duranton, t. XVII, n. 449; M. Duvergier, *Des sociétés*, n. 404.

(3) Voy. *sup.*, n. 1734.

société, les prêteurs pourront agir contre la société du chef de l'associé emprunteur. Cette action indirecte ne peut leur être refusée. Seulement, dans ce cas, comme ils n'exercent que l'action d'un associé contre ses coassociés, et que cette action n'est pas solidaire, parce que la solidarité n'est établie contre la société qu'en faveur des tiers, et non en faveur des associés (1), ils ne pourront répéter contre chaque associé que sa part virile dans le profit que la société a retiré de l'opération.

Il y a donc, comme on le voit, une certaine différence, quant à la nature de l'action qui appartient aux tiers contre les associés, entre le cas où il s'agit d'un engagement contracté au nom de la société, *nomine sociali*, par un associé sans qualité, et celui où un associé a contracté avec les tiers, non comme associé, mais en son nom personnel. Dans le premier cas, l'action est directe ; dans le second cas, elle est indirecte. Du reste, ces deux actions se ressemblent, puisqu'elles sont subordonnées l'une et l'autre au profit que la société a tiré de l'engagement, et en ce qu'au lieu d'être solidaires, elles se divisent contre les associés qui ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur part dans le bénéfice commun.

1960. Telles sont les principales règles relatives à la solidarité des associés relativement aux tiers. Pour compléter les explications que j'avais à donner sur cette matière, il me reste à examiner plusieurs questions qui se rattachent à celles qui précèdent : l'une est de savoir si les associés peuvent prétendre dans leurs relations réciproques à la solidarité établie en faveur des tiers ; la seconde, si, après la dissolution de la société, les associés sont solidairement tenus envers les tiers des engagements contractés depuis cette dissolution par les liquidateurs. Enfin je terminerai par l'examen d'une troisième question fort importante et qui domine toute la matière, à savoir si on peut valablement stipuler que les associés ne seront pas solidaires envers les tiers pour les engagements de la société.

La première question se résout à l'aide d'une distinction. Si

(1) Voy. le numéro suivant.

l'associé a traité comme un tiers avec la société, soit en lui prêtant des capitaux, soit en lui vendant des marchandises, il peut agir comme un tiers ordinaire pourrait agir, et par conséquent se prévaloir de la même solidarité que les tiers. La qualité d'associé n'est pas un titre universel ; et de même qu'un associé peut dépouiller la qualité d'associé et contracter en son privé nom avec les tiers, de même aussi il peut contracter en son privé nom avec la société : pas de difficulté possible à cet égard (1). Je ne saurais donc admettre la solution d'un arrêt de la cour de Paris du 28 février 1850 (2), qui décide que l'associé qui, en qualité de banquier de la société, dont il était en même temps revêtu, a fait des avances pour le compte social, ne peut, en absence de toute stipulation expresse, exercer contre ses coassociés, l'action solidaire qui appartiendrait à un tiers : l'associé qui est constitué le banquier de la société, cesse, en cette partie, d'être un associé pour devenir un tiers.

Si, au contraire, un associé ne se trouve créancier de la société qu'en sa qualité d'associé ; par exemple, s'il paye les dettes communes dont il est tenu comme associé (3), s'il verse dans la caisse sociale des sommes qu'il a empruntées en son nom personnel (4), s'il fait entrer dans les magasins de la société des marchandises qu'il a achetées de son argent, alors, n'étant pas un tiers, il ne peut se prévaloir des droits des tiers, mais de ceux des associés. Or, comme aucune loi n'établit, quant aux associés entre eux, la solidarité qui les lie envers les tiers, il faut en conclure que, dans cette hypothèse, l'action de l'associé se divise contre les coassociés, à moins qu'il n'y ait entre eux une stipulation de solidarité pour l'exécution de leurs engagements respectifs (5).

1961. La seconde question, qui consiste à savoir si les

(1) Voy. M. Bédarride, t. I, n. 167.

(2) S., 50, 2, 619.

(3) Cass., 8 janv. 1862, S., 62, 1, 477.

(4) Voy. *sup.*, n. 1759.

(5) Cass., 15 nov. 1831, D., 31, 1, 352; M. Delangle, *Des sociétés*, t. I, n. 364 et 365.

associés sont solidairement tenus envers les tiers des engagements pris par le liquidateur après la dissolution de la société, présente plus de difficulté.

Elle se complique de celle de savoir si le liquidateur, qui n'est qu'un mandataire appelé à liquider la société dissoute, c'est-à-dire à dégager l'actif brut des dettes qui le grèvent pour arriver à l'actif net (1), peut d'une façon quelconque obliger les associés, en vertu de ses pouvoirs généraux de liquidateur, et sans un mandat spécial qui lui donnerait le pouvoir de contracter tels ou tels engagements.

Si ses pouvoirs généraux de liquidateur, en vertu desquels il représente la société, quoique dissoute, lui donnent le droit d'obliger la société qu'il représente, les associés obligés en cette qualité sont solidairement tenu envers les tiers. C'est en effet un principe généralement reconnu qu'une société dissoute continue de subsister pour sa liquidation (2). *Effectus societatis durat etiam extinctâ societate, donec pertinentia ad eam sint exacta*, disait très-bien la Rote de Gênes (3). La société se survit en quelque sorte à elle-même, et peut être obligée de la même manière pour sa liquidation que pour les opérations qui signalaient son existence. Ici peuvent s'appliquer ces paroles du président Favre : *Finitur quidem societas, sed non obligatio societatis* (4).

Si, au contraire, le liquidateur a eu besoin d'un mandat spécial des anciens associés pour les obliger à l'égard des tiers, alors il devient un mandataire ordinaire qui ne peut obliger ses mandants que suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire pour leur part et portion. Dans ce cas, l'obligation des associés n'est pas une suite nécessaire des affaires sociales; c'est en quelque sorte une nouvelle affaire, relativement à laquelle la dissolution de la société empêche qu'ils ne puissent être considérés comme associés. Ils ne sont plus que des individus ayant agi dans leur nom personnel, et contre lesquels

(1) M. Frémery, p. 70.
(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 1006.
(3) Décis. 71, n. 7.
(4) *Ration.* sur la loi 65, 9, ff. § *Pro socio.*

on ne peut dès lors se prévaloir de la solidarité légale, qui pèse sur les associés.

Enfin, si le liquidateur a contracté au nom de la société dissoute, sans avoir pour cela aucun mandat général ou particulier, les associés ne sont obligés que jusqu'à concurrence du profit que la liquidation a retiré du contrat, et conséquemment pour leur part et portion dans ce profit (1).

C'est donc une proposition beaucoup trop générale que celle qui semble résulter d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1835 (2), suivant lequel les engagements souscrits par l'associé liquidateur d'une société en nom collectif obligeraient solidairement la société, bien qu'ils ne fussent pas signés de la raison sociale, si d'ailleurs il était établi que ces engagements ont été contractés pour le compte et dans l'intérêt de la société. Je ne puis, à cet égard, partager le sentiment du savant arrêtiste, avec lequel, dans nos travaux communs, j'ai été si heureux de me trouver presque toujours en communauté d'opinion (3). Suivant M. Devilleneuve, la raison sociale serait, même après la dissolution de la société, l'expression des pouvoirs généraux du liquidateur qui en ferait usage, de telle sorte qu'il obligerait solidairement les associés, soit en contractant sous la raison sociale, soit en contractant sous sa signature personnelle, s'il avait reçu le mandat de contracter au nom de la société. Mais en supposant qu'après la dissolution de la société il puisse encore y avoir une raison ou une signature sociale, l'emploi de cette signature ne pourrait avoir la même signification que durant la société. La société dissoute ne subsistant plus que pour se liquider, on ne peut voir dans la signature sociale le mandat de contracter et d'agir, mais seulement le mandat de liquider. Après la dissolution, la signature sociale ne produit donc pas nécessairement l'obligation solidaire qui était auparavant sa conséquence naturelle et immédiate. Quant au pouvoir de contracter et d'engager les associés, qui aurait été donné au liquidateur agissant

(1) M. Troplong, *Des sociétés*, n. 1051 ; M. Alauzet, t. I, n. 286.
(2) S., 36, 1, 132.
(3) Voy. les observations de M. Devilleneuve sur l'arrêt précité.

sous sa signature personnelle, il ne peut être un pouvoir d'obliger la société qui n'existe plus, mais seulement d'obliger les associés qui le lui ont conféré : d'où il suit qu'il ne peut y avoir, en vertu de ce mandat, une obligation sociale solidaire, mais seulement des obligations personnelles aux anciens associés entre lesquels elles doivent se diviser (1).

En résumé, dans tous les cas où l'obligation contractée par le liquidateur est la conséquence naturelle et immédiate de la liquidation, c'est-à-dire d'une opération qui consiste à dégager l'actif du passif et à le réaliser, les anciens associés sont liés solidairement. Quand, au contraire, le liquidateur a besoin d'un pouvoir spécial pour contracter, chaque associé n'est tenu que pour sa part, encore bien que le liquidateur, en agissant en vertu de ce pouvoir, ait contracté sous la raison sociale; et s'il a agi sans pouvoirs, chacun d'eux n'est tenu que proportionnellement au profit que la société dissoute a retiré de l'opération.

1962. La difficulté consiste donc en définitive à savoir quelles sont les opérations qui, rentrant dans la liquidation proprement dite, sont permises au liquidateur et quelles sont celles pour lesquelles il a besoin de pouvoirs particuliers qu. reculent les bornes de ses pouvoirs généraux. Là-dessus, sans entrer dans l'examen des questions spéciales qui peuvent se présenter dans le courant des affaires et de la pratique, il suffira de poser comme règle générale que les pouvoirs du liquidateur ayant pour but, non d'entreprendre de nouvelles opérations, mais de finir celles qui sont commencées, de solder les dettes passives et de faire rentrer les dettes actives, le liquidateur ne peut obliger la société, soit par des achats, soit par des emprunts, et que son mandat étant général pour une sorte d'affaires il ne peut ni transiger, ni compromettre, à moins qu'il n'ait reçu des associés des pouvoirs plus étendus que ceux qui résultent de ses fonctions (2).

(1) Voy., en sens contraire, Rouen, 12 avril et 26 août 1846, S., 46, 2, 564. — Voy. aussi M. Devilleneuve sur ces arrêts.

(2) M. Frémery, p. 70; M. Horson, t. I, p. 41; Cass., 15 janv. 1812, S., 4, 1, 7.

De ce que le liquidateur ne peut entreprendre de nouvelles opérations ni contracter des emprunts, il résulte qu'il ne peut, sans mandat spécial, engager les associés en souscrivant des effets de commerce : il n'y a pas de doute à cet égard. Il en résulte aussi qu'il ne peut endosser les effets de commerce de la société, puisque c'est là une manière d'emprunter. C'est là aussi quelquefois, il est vrai, une manière de payer et de libérer la société; mais c'est une manière de payer qui n'est pas définitive, puisqu'elle ne fait que déplacer l'actif en substituant une obligation à une autre, et le plus ordinairement en aggravant l'obligation première. C'est donc, en réalité, faire une nouvelle opération (1).

Il suit de là que, si le liquidateur souscrit ou endosse des effets de commerce sans y être autorisé, les associés ne sont obligés que dans le cas où ils ont profité de l'opération, et pour leur part dans la société (2). Si, au contraire, le liquidateur y a été autorisé, les associés sont solidairement tenus, non comme associés, parce qu'ils n'ont pu donner de pouvoirs qu'en leurs noms personnels (3), mais à raison de la nature de l'obligation, et par application de la règle qui impose la solidarité à tous ceux qui ont signé ou endossé des lettres de change ou des billets à ordre (4).

1963. Remarquons, au surplus, que toutes les règles qui précèdent sur les obligations de la société en liquidation, ne sont applicables qu'autant que les tiers qui contractent avec la société ou ses représentants, savent qu'elle est dissoute. Si des associés ou des liquidateurs, dissimulant ou cachant la dissolution, traitaient avec les tiers au nom de la société, comme si la société subsistait encore, alors tous ceux qui auraient pris part à cette fraude seraient solidairement tenus envers les tiers dont la bonne foi aurait été trompée. *Si inter*

(1) M. Horson, p. 41; M. Frémery, p. 70; M. Troplong, 1012. *Contrà*, MM. Malepeyre et Jourdain, n. 256; M. Delangle, t. II, n. 690. — Voy. aussi Cass., 19 nov. 1835, S., 36, 1, 132; et les arrêts précités de Rouen.
(2) Voy. *sup.*, n. 1959.
(3) Voy. *sup.*, n. 1961.
(4) Voy. *inf.*, n. 1987 et suiv.

ipsos socios societas dissoluta esset, adhuc tamen nisi hujus modi dissolutio publicata esset per solitas litteras circulares, vel publica edicta in locis in quibus habebantur corresponsales, alii socii manerent obligati. Telle est l'opinion exprimée par le cardinal de Luca (1), qui cite sur ce point de nombreuses décisions de la Rote romaine (2).

1964. Il nous reste maintenant à examiner la question de savoir si les associés en nom collectif peuvent stipuler qu'ils ne seront pas solidairement tenus des engagements de la société envers les tiers.

Cette question se résout à l'aide d'une distinction.

Si, dans une convention faite avec un tiers, il a été stipulé que les associés ou quelques-uns d'entre eux ne seront pas soumis à l'action solidaire, cette stipulation est assurément valable, parce que le tiers avec lequel contractent les associés ou la societé, peut renoncer au droit qui est établi en sa faveur, et se contenter d'une action individuelle au lieu de l'action solidaire que la loi lui donnait.

Si, au contraire, les associés introduisaient dans l'acte de société une clause générale dérogeant à l'article 22 du Code de commerce, et ayant pour objet de les soustraire à la solidarité sous le joug de laquelle les place la sagesse de la loi, cette clause serait nulle et devrait être réputée non écrite. Les tiers peuvent sans doute renoncer à la solidarité; mais les associés ne peuvent leur imposer la renonciation à un bénéfice sur lequel ils doivent compter. On opposerait vainement que la publication de l'acte de société fait connaître aux tiers la condition exceptionnelle sous l'empire de laquelle les associés ont entendu se placer, et qu'il y a lieu de présumer, dès lors, qu'en consentant ensuite à contracter avec la société, les tiers sont censés accepter et approuver cette condition. La clause de l'acte social, par laquelle les associés s'affranchiraient de la solidarité, est nulle dès le principe, parce qu'elle n'a pas le caractère d'une convention : elle ne

(1) *De cambiis*, disc. 29, n. 5.
(2) Voy. Cass , 13 mars 1851, S., 54, 1, 378.

peut donc être opposée aux tiers qui n'y ont pas été parties, et qui ne sauraient être présumés la ratifier plus tard en contractant avec la société, parce que cette clause, étant à leur égard comme si elle n'existait pas, est censée n'avoir été d'aucune considération dans les actes qu'ils ont faits avec la société (1).

1965. Les règles qui précèdent, sur la solidarité des associés, sont particulières à la société en nom collectif : il nous reste à voir comment ces règles se modifient, ou comment elles disparaissent même complétement dans les autres espèces de sociétés. Occupons-nous d'abord de la société en commandite.

Nous l'avons déjà vu : la société en commandite est celle qui se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, qui reçoivent le nom de commandités, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires, ou associés en commandite (2), et qui ne sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société (3). *Accomandita*, dit à ce sujet Casaregis, *sive societas inita per viam accomanditæ, nihil propriè aliud est quàm communis negociatio inter accomandantes et accomandatarium pro capitalibus respectivè ab eis in negotio expositis, in quo non expenditur nomen accomandantium, sed accomandatarii duntaxat, et sic jus formale ipsius negotii residet penes accomandatarium qui habet totale exercitium et administrationem, et proprio nomine contrahit et distrahit, et accomandans habet tantum interesse per participationem pro rata capitalis immissi, non verò per proprietatem in jure formali ipsius negotii, ita ut dici nequeat quod vel ex mandato expresso, vel tacito accomandantium contrahentes cum negotio sequantur fidem et personam dictorum accomandantium. Hujus modi enim accomandantes seu participes in accomanditâ non obligantur ergà creditores accomanditæ ultrà capitalia per eos respectivè in*

(1) M. Delangle, *Des sociétés*, t. I, n. 229 et suiv. ; Bordeaux, 31 août 1831, S., 32, 2, 19.
(2) C. com., 23.
(3) C. com., 26.

negotio exposita ; accomandatarius verò in solidum obligatur ergà omnes secum contrahentes (1).

Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds (2). Les associés solidaires se trouvent donc entre eux absolument dans la même position que les associés en nom collectif dans une société ordinaire ; et toutes les règles que nous avons développées sur la solidarité sociale, sur les cas dans lesquels elle a lieu et sur ses effets; reçoivent ici une application directe et sans réserve. Il n'y a donc d'explications nouvelles à donner qu'en ce qui touche la position particulière des associés en commandite.

Le caractère distinctif de la commandite est l'affranchissement de toute solidarité, relativement à une certaine classe d'associés qui ne sont responsables que jusqu'à concurrence de leur mise. Les commanditaires se trouvent donc, à l'égard de leurs associés ou commandités, dans une position exceptionnelle; d'où il suit que la qualité de commanditaire ne se présume pas, et qu'elle doit être expressément stipulée. Casaregis dit, il est vrai, que dans le doute on doit présumer plutôt l'existence d'une commandite que d'une société ordinaire (3). Mais cette opinion se rapporte à un ordre d'idées qui n'a plus cours aujourd'hui. De son temps, on considérait la commandite moins comme une société proprement dite, que comme un moyen pour les commanditaires (*accomandantes*) de faire le commerce sous le nom d'un mandataire responsable ou commandité (*accomandatarius*), d'où l'on pouvait conclure que dans le doute on devait présumer que les associés non dénommés n'avaient pas entendu s'associer et courir les chances de la so-

(1) *Disc.* 29, n. 24 et suiv.; Ansaldus, *Disc.* 98, n. 58 et suiv.

(2) C. com., 24.

(3) *Si in aliquâ casûs contingentiâ dubium oriretur, an per contrahentes inita fuerit propria accomandita aut societas, in dubio semper pro accomandita judicandum esse firmat rota*, décis. 125, n. 12 et 13. (*Disc.* 30, n. 9.)

lidarité. Aujourd'hui, au contraire, la commandite étant une véritable société à l'égard de tous ceux qui la composent, on ne doit pas présumer que les uns ont entendu se placer dans une position plus favorable que les autres. Il faut donc sur ce point une convention expresse. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'employer les mots sacramentels de *commandite* ou de *commanditaire* (1).

Réciproquement, quoique la qualité de commanditaire eût été attribuée à un associé, il pourrait néanmoins être considéré comme associé collectif, si les autres énonciations de l'acte de société lui supposaient cette qualité (2).

1966. Il y a d'ailleurs certaines sociétés qui sont de plein droit réputées en commandite, s'il n'y a pas de convention contraire : ce sont les sociétés pour la course maritime (3). Dans ces sociétés les actionnaires sont réputés commanditaires ; et les armateurs, associés en nom collectif, sont seuls responsables vis-à-vis les tiers, sauf à eux à se faire rembourser de leurs avances par les commanditaires proportionnellement à la mise de ces derniers (4).

1967. La qualité de commanditaire, acquise par une stipulation précise de l'acte social, et le bénéfice qui en résulte, se perdent quand l'associé agit comme s'il était associé en nom collectif, et sort de la position particulière dans laquelle la loi l'a renfermé, pour entrer sur le terrain de l'association simple. C'est ce qui a lieu de plusieurs manières.

1968. Ainsi, aux termes de l'art. 25 du Code de commerce, le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale. Si donc un associé commanditaire laissait mettre son nom dans la raison sociale, il se présenterait aux tiers comme associé en nom collectif, et ne pourrait dès lors échapper à l'action solidaire qu'ils seraient en droit de former contre lui. Nous avons vu qu'un individu étranger à la société, don le nom figure dans une raison sociale, est solidairement lié

(1) Cass., 10 fév. 1816, S., 46, 1, 613 ; et 17 janv. 1855, S., 55, 1, 90.
(2) Casaregis, *Disc.* 30, n. 28.
(3) Arrêté du 2 prairial an XI, art 1.
(4) *Ibid.*, art. 2.

vis-à-vis les tiers (1), à plus forte raison doit-il en être de même quand il s'agit d'un associé commanditaire. Telle est l'opinion de Casaregis, qui, après avoir posé en principe que le commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence de sa mise, fait exception à ce principe pour le cas où le commanditaire a voulu, permis ou souffert que son nom figurât dans la raison sociale : *Limita tamen si aliquis ex accomandantibus passus fuerit, vel permiserit, aut expresse voluerit nomen suum ab accomandatario etiam expendi, quia tunc sine dubio in solidum ultrà capitalia cum eodem accomandatario teneretur* (2).

1969. Mais si la société en commandite se composait d'un seul commandité et d'un seul commanditaire, la signature donnée par le commandité, avec addition de ces mots : *et compagnie*, rendrait-elle le commanditaire solidairement et indéfiniment responsable, comme si son nom avait réellement figuré dans la raison sociale ? Non, sans doute. La raison sociale N. *et compagnie*, quand il n'y a qu'un commanditaire et un commandité, ne fait que révéler l'existence d'une société, sans exclure la possibilité d'une commandite dont le contrat affiché annonce à la fois l'existence et la raison sociale (3). Le commanditaire n'est pas nommé dans la raison sociale N. *et compagnie : non expendit nomen*. Il ne s'expose donc pas à l'action solidaire des tiers, dont il ne trompe pas la bonne foi, pas plus qu'il ne surprend leur confiance.

1970. Le commanditaire peut perdre dans les cas prévus par les articles 27 et 28 du code de commerce, modifiés par la loi du 6 mai 1863, tout ou partie des avantages attachés à sa position particulière.

Avant la loi du 6 mai 1863, les articles 27 et 28 du code de commerce étaient ainsi conçus :

Art. 27. L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.

(1) Voy. *sup.*, n. 1950.

(2) *Disc.* 39, n. 39, n. 27 ; M. Troplong, n. 419 ; M. Delangle, n. 335 et suiv. ; M. Bédarride, t. I, n. 185. — Voy. cependant M. Alauzet, t. I, n. 153.

(3) M. Pardessus, n. 1032.

Art. 28. En cas de contravention à la prohibition mentionnée en l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et engagements de la société.

Deux choses étaient donc interdites à l'associé commanditaire, sous peine de voir sa responsabilité engagée d'une manière absolue et sans limite : la première, de faire spontanément des actes de gestion ; la seconde, d'être employé aux affaires de la société, en vertu d'une procuration soit du gérant soit de la société.

Par ces prohibitions la loi avait voulu laisser l'action à ceux qui ont la responsabilité, c'est-à-dire aux associés gérants ou en nom collectif. Si donc le commanditaire agissait, il devenait responsable comme les associés gérants ou en nom collectif, eux-mêmes ; et il agissait soit lorsqu'il faisait des actes d'administration et de gestion proprement dits, soit quand il était employé pour la société en vertu d'un mandat particulier qui lui donnait le droit de la représenter ou de contracter pour elle : en un mot, quand il abandonnait le poste d'observation que la loi lui assignait pour venir mêler son nom ou sa personne aux opérations actives qui signalent l'existence de la société. Mais il n'était pas considéré comme agissant quand, intéressé au succès des entreprises sociales, à la bonne gestion des intérêts sociaux qui sont, en définitive, les mêmes pour tous les associés solidaires ou non, il se bornait à surveiller, pour pouvoir soutenir les gérants de son autorité et de ses conseils dans les entreprises avantageuses, ou les avertir en temps utile s'ils étaient tentés de se laisser aller à des spéculations qui dépasseraient le but de la société ou qui présenteraient plus de mauvaise chance qu'il n'est raisonnable d'en courir.

Mais la loi du 6 mai 1863, dans le but de faciliter l'établissement des sociétés en commandite, en faisant aux commanditaires une situation moins périlleuse, a modifié les articles 27 et 28 du Code de commerce qui aujourd'hui sont rédigés de la manière suivante.

Article 27. L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration.

Article 28. En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif, pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits, et il peut suivant le nombre et la gravité de ces actes être déclaré solidairement responsable pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement. — Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance n'engagent point l'associé commanditaire.

1971. Comme on le voit, si cette rédaction nouvelle défend à l'associé commanditaire, comme les anciennes dispositions du Code de commerce, de faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration, elle ne lui défend pas d'être employé pour les affaires de la société, c'est-à-dire d'occuper un emploi de commis, de caissier ou autre analogue dans les bureaux de la société, résolvant ainsi en faveur du commanditaire une question qui jusqu'alors était restée douteuse (1).

1971 *bis*. Mais une modification plus profonde a été apportée par la rédaction nouvelle de l'article 28 aux dispositions relatives à l'étendue de la responsabilité du commanditaire qui s'immisce dans la gestion de la société. D'après l'ancien article 28, le commanditaire qui contrevenait aux prohibitions de l'ancien article 27 était obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et engagements de la société, sans distinction. Le nouvel article 28 distingue au contraire entre les dettes et les engagements de la société, qui dérivent des actes d'indue gestion faits par le commanditaire et pour lesquels il est nécessairement obligé solidairement avec les associés en nom collectif, et les autres engagements de la société pour lesquels ou pour quelques-uns desquels il peut être déclaré solidairement obligé, suivant le nombre et la gravité de ses actes de gestion. Les auteurs de la loi du 6 mai 1863 ont voulu proportionner la responsabilité solidaire des commanditaires aux conséquences que leurs

(1) Voy. Cass., 15 mars 1847, S., 47, 1, 353; M. Duvergier, *Revue étrangère et française de législation*, t. VI, p. 425; M. Troplong, *Des sociétés*, n. 435 et suiv., et MM. Bravard et Demangeat, t. I, p. 238.

ıctes de gestion pouvaient avoir sur l'étendue ou l'importance les dettes ou des engagements de la société (1).

1971 *ter*. La loi nouvelle a d'ailleurs consacré la distinction qui avait été admise par la doctrine et la jurisprudence entre es actes d'administration ou de gestion interdits au commanditaire, et les actes de surveillance. Cette distinction résultait non-seulement du texte de l'article 27 qui n'interdisait au commanditaire que le concours actif, mais encore de ce qui s'est passé lors de la discussion de cet article 27 au conseil d'État.

En effet, dit M. Locré (2), la rédaction arrêtée d'abord au conseil d'État décidait que le commanditaire ne pourrait *concourir ni être employé en aucune manière aux achats, aux ventes*, etc. Le tribunat fit observer « qu'un des droits du commanditaire est de participer aux délibérations générales de la société, et que ces délibérations ont souvent pour but, ou d'en approuver, ou d'en autoriser les engagements ; de sorte que, sous ce rapport, le commanditaire y concourt et doit y concourir au moins par son consentement. » — Ces observations, ajoute M. Locré, ont été adoptées par le conseil d'État, et l'on y a conformé la rédaction.

Il n'y a donc jamais eu de doute possible sur la faculté qui appartient aux commanditaires de surveiller l'administration des gérants, d'approuver ou d'autoriser les engagements de la société, et conséquemment d'apposer leur *veto* aux actes qui leur paraissent dangereux ou compromettants. Et la loi du 17 juillet 1856, sur les sociétés en commandite par actions, dont l'article 5 institue un conseil de surveillance composé d'actionnaires, disposition confirmée par l'article 5 de la loi du 24 juillet 1867, n'a été qu'une conséquence de ce principe, dont l'application peut seule donner lieu à des difficultés particulières dans le détail desquelles nous ne pourrions entrer sans sortir de notre sujet (3).

(1) Voy. l'exposé des motifs de cette loi, par M. Duvergier, *Moniteur* du 14 janv. 1763, et le rapport de M. David-Deschamps, *Moniteur* du 15 avril.

(2) *Esp. du Code de com.*, sur l'art. 27.

(3) Voy. le *Dictionn. du content. com.*, v° *Sociétés en commandite*, n. 35

1972. A peine est-il besoin de faire remarquer que, si l'article 27 du Code de commerce défend au commanditaire de faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration, il ne lui défend pas de faire pour son compte des affaires avec la société. Dans ce cas, il devient un tiers; il agit en son nom personnel, et soit qu'il vende à la société, soit qu'il lui achète, il fait ses affaires propres et non celles de la société en dehors de laquelle il se place (1).

1973. La règle d'après laquelle l'associé commanditaire qui fait acte de gestion est obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et engagements de la société, n'est d'ailleurs établie qu'en faveur des tiers, envers lesquels la société est obligée par les actes de gestion auxquels a pris part indûment l'associé commanditaire, et non en faveur des associés en nom collectif qui, en laissant le commanditaire agir et gérer, ont accepté d'avance les conséquences des actes qu'ils auraient pu empêcher.

1974. De là, il faut conclure, d'une part, que les tiers ont seuls qualité à l'exclusion des associés pour faire déclarer le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société solidairement responsable des dettes sociales (2); et, d'autre part, que le commanditaire qui, par suite de l'action dirigée contre lui par les tiers, a payé au delà de sa mise, a une action en restitution contre les associés en nom collectif dont en réalité il a payé la dette (3).

1975. Il n'en serait autrement que si les actes de gestion du

et suiv., et suppl. 57 *bis* et suiv. Cass., 30 avril 1862, S., 63, 2, 195; 21 déc. 1863, S., 64. 1, 229, et 9 fév. 1864, S., 64, 1, 89. — Voy. aussi M. Troplong, n. 424 et suiv.; M. Delangle, n. 371 et suiv.; M. Alauzet, t. I, n. 160 et suiv.; 164 et suiv.; MM. Bravard et Demangeat, t. I, p. 241.

(1) Avis du conseil d'État du 29 avril 1809, approuvé le 17 mai suivant. Cass., 25 juin 1862, S., 62, 1, 955.

(2) Lyon, 27 mai 1859, S., 60, 2, 16; Bordeaux, 4 déc. 1860, S., 61, 2, 190; Pardessus, n. 1038; Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés*, p. 167; M. Persil, *Des sociétés*, sur l'art. 28, n. 3; M. Troplong, *Des sociétés*, n. 440; M. Alauzet, t. I, 164. — Voy., en sens contraire, Paris, 9 janv. 1836, S., 36, 2, 133.

(3) MM. Pardessus, Malepeyre et Jourdain, Persil, Troplong, Alauzet, *loc. cit.* — Voy., en sens contraire, M. Delangle, *Des sociétés*, t. I, n. 412; M. Bédarride, *Des sociétés*, n. 259 et suiv.

commanditaire étaient entachés de dol, de fraude ou de faute, puisqu'alors il deviendrait responsable vis-à-vis de ses coassociés (1).

1976. Quand les commanditaires sont solidairement tenus, pour s'être immiscés dans la gestion de la société, les créanciers de la société, au profit desquels cette solidarité est établie, ont naturellement contre eux une action directe, puisque les commanditaires sont devenus leurs obligés au même titre que les associés ordinaires ou en nom collectif. On n'a jamais élevé de difficulté à cet égard.

1977. Mais il en est autrement du point de savoir si, lorsque le commanditaire n'est tenu que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société, les créanciers de la société ont contre lui une action directe pour le contraindre à verser les fonds dont il serait encore débiteur envers la société, ou s'ils n'ont qu'une action indirecte ou oblique du chef des associés solidaires, leurs débiteurs principaux. La question est fort grave et diversement résolue. Mais comme elle sort de mon sujet, je me bornerai à émettre une opinion que j'appuierai sur une raison de décider qui me paraît invincible, en renvoyant le lecteur aux auteurs qui l'ont examinée à fond, et particulièrement à M. Troplong (2). La raison qui me paraît décisive en faveur de l'action directe des créanciers ou des tiers contre les commanditaires, c'est que les commanditaires font partie, quoique d'une manière limitée, d'une société qui agit sous un nom social, et qui offre aux tiers la garantie des noms de tous ses associés à quelque titre qu'ils le soient; l'action que les tiers ont contre la société, ils l'ont donc contre les commanditaires qui représentent la société jusqu'à concurrence de leur mise, et qui, lorsqu'ils sont débiteurs de leur mise, se trouvent par cela même débiteurs des tiers jusqu'à concurrence de ce dont ils sont débiteurs envers la société.

(1) M. Alauzet, *loc. cit.*

(2) *Des sociétés*, n. 828 et suiv. — Voy. aussi M. Pont, *Revue crit.*, t. I, p. 390; M. Bédarride, t. I, n. 237; M. Alauzet, t. I, n. 158 et suiv. MM. Bravard et Demangeat, t. I, p. 213. — En sens contraire, voy. M. Delangle, *Des sociétés*, n. 276.

Ce qui a pu obscurcir les idées à cet égard, c'est que, sous l'ancien droit, la commandite n'avait pas de raison sociale et ne faisait habituellement le commerce que par le moyen d'un gérant qui agissait en son privé nom. Dans ce cas, les tiers qui ne contractaient qu'avec ce gérant ne pouvaient pas avoir d'action directe contre des commanditaires qui leur restaient étrangers (1). Aujourd'hui, il en est autrement : la société en commandite a un nom social, comme la société en nom collectif. Le gérant se présente aux tiers avec un cortége d'associés qui, tous, engagent leur responsabilité, les uns indéfiniment, les autres d'une manière limitée; les tiers peuvent donc agir également contre tous dans la mesure de cette responsabilité. Tel est le motif qui me détermine pour l'action directe, tout en reconnaissant que des raisons fort graves militent en faveur de l'opinion contraire (2).

1978. Passons maintenant à la société anonyme : peu de mots suffiront. La société anonyme, dit l'article 29 du Code de commerce, n'existe point sous un nom social, et elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés. C'est en ce sens qu'elle est anonyme, ce qui ne veut point dire qu'elle n'a pas de nom. Elle reçoit, au contraire, un nom, ou, si l'on veut, une qualification par la désignation de l'objet de son entreprise (3).

Le caractère distinctif de la société anonyme est d'être plutôt une association de capitaux qu'une association de personnes. Il suit de là qu'il n'y a aucune solidarité entre les associés qui ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société (4), et contre lesquels les tiers n'ont d'ailleurs aucune action directe. Les tiers ne peuvent agir que con-

(1) Voy. *inf.*, n. 1981 et suiv., ce que nous disons de l'association en participation.

(2) Voy. sur la question et en ce sens, deux arrêts du 28 février 1844, et le résumé des différents systèmes par lesquels on a cherché à la résoudre, dans le recueil de M. Devilleneuve, 44, 1, 692. — Voy. aussi Cass., 25 juin 1864, S., 46, 1, 777; 30 juill. 1851, S., 51, 1, 696; et Paris, 6 déc. 1850, S., 50, 2, 638. — En sens contraire, voy. Douai, 11 juill. 1848, S., 46, 2, 453.

(3) C. com., art. 50.

(4) C. com., art. 33.

tre la société, c'est-à-dire contre ceux qui l'administrent : et ces administrateurs, mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits (1), uniquement responsables de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu, ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire, relativement aux engagements de la société (2).

1979. Toutefois, avant la loi du 24 juillet 1867, dont l'article 21 dispose qu'à l'avenir les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement, la position des membres d'une société anonyme n'était telle qu'elle vient d'être décrite que lorsque la société était légalement constituée, c'est-à-dire lorsqu'elle avait été autorisée et approuvée par le gouvernement dans la forme déterminée par l'article 37 du Code de commerce. Avant cette autorisation, la société n'existait pas comme société anonyme, et cependant elle pouvait, suivant les circonstances, exister comme société ordinaire. Dans ce cas, si les faits ou si les actes des parties donnaient lieu de croire à l'existence d'une société en nom collectif antérieure à l'obtention ou au refus de l'autorisation requise pour la constitution de la société anonyme, les associés étaient solidairement tenus des engagements contractés par l'un ou plusieurs d'entre eux dans l'intérêt de l'association. Si, au contraire, il résultait des actes ou des faits qu'aucune société n'avait précédé la formation, alors ceux qui avaient contracté envers les tiers étaient seuls personnellement tenus de leurs engagements; quand un seul avait contracté, il était tenu pour le tout; quand plusieurs s'étaient engagés ensemble, ils n'étaient tenus que pour leur part dans le montant de la dette commune. Les engagements préliminaires et les actes de gestion des intérêts de la future société anonyme n'étaient donc régis, quant à leurs effets solidaires, par aucune règle uniforme et déterminée : tout dépendait des circonstances et du point de savoir si ces actes émanaient d'individus isolés et qui n'étaient unis par aucun lien social, bien qu'ils eussent des intérêts communs, ou si, au contraire, à cette communauté d'intérêts se joignait

(1) C. com. art. 31 ; L., 24 juillet 1867, art. 22.
(2) C. com., art. 32. — Orléans, 20 juillet 1853, S., 53, 2, 485.

une société en nom collectif, préalable à la société anonyme, qui était le but auquel tendaient les coïntéressés.

1980. Telles sont les règles relatives à la solidarité ou à la divisibilité des obligations dans les sociétés en nom collectif, en commandite, ou anonymes. Outre ces trois espèces de sociétés, le Code de commerce reconnaît les associations commerciales en participation (1), dont la nature et les effets, quant à la matière qui nous occupe, ont soulevé des difficultés que les auteurs n'ont pas résolues d'une manière uniforme, faute d'avoir su se rattacher aux vrais principes.

C'est en effet une question fort délicate que celle de savoir s'il y a solidarité entre les associés en participation ; et, pour la résoudre, il faut remonter au principe même de l'obligation qui lie les associés en participation, soit entre eux, soit à l'égard des tiers ; rechercher la nature et l'essence de ce contrat, et voir en quoi il diffère et en quoi il se rapproche des autres espèces de sociétés.

1981. Il y a plusieurs manières de s'associer; en d'autres termes, on peut s'associer d'une manière plus ou moins intime et plus ou moins complète. Loasqu'en formant à la fois une association de personnes ou de capitaux, plusieurs personnes se réunissent pour faire en commun les mêmes affaires, et courir en commun les mêmes chances de gain ou de perte, elles se confondent dans une individualité métaphysique qui constitue un corps moral distinct des individualités réelles qui la composent, ayant des droits et des devoirs particuliers. C'est la société proprement dite, ou la société en nom collectif, ainsi nommée, parce que tous les associés agissent collectivement; c'est elle qui constitue un corps moral, *corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum,* suivant l'expression de la Rote de Gênes (2) ; et c'est pour cela que tous les associés sont solidairement tenus des obligations sociales (3).

La société en nom collectif se modifie par l'adjonction de la commandite. La commandite introduit dans la société en nom

(1) C. com., art. 48.
(2) Décis. 7, n, 9.
(3) Voy. *sup.*, n. 1910 et suiv.

collectif un élément nouveau qui, tout en conservant à ce contrat sa nature et ses effets relativement aux associés en nom collectif, place les commanditaires dans une classe à part; le commanditaire, auquel tout concours actif est interdit, n'associe que ses capitaux, il n'associe pas sa personne : il n'entre dans la composition du corps social que jusqu'à concurrence des capitaux qu'il est convenu d'y mettre. C'est pour cela qu'il est affranchi de toute solidarité, et qu'il n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise.

On ne trouve plus aucune trace de la société en nom collectif dans la société anonyme, qui ne se présente aux tiers que comme une association limitée de capitaux : dès lors, pas de solidarité; les capitaux mis en société seuls sont responsables; les personnes et leurs biens sont affranchis.

Ces trois espèces de sociétés diffèrent, quant à leur constitution et quant à leurs effets, selon que les individus qui y entrent, y engagent à la fois leurs personnes et leurs fortunes, ou selon qu'ils y engagent seulement un capital limité; mais elles ont ce point frappant de ressemblance, qu'elles constituent toutes les trois un corps moral, qu'elles ont une existence propre, une action particulière, et qu'elles ne se confondent jamais, tant qu'elles subsistent, avec la personne de leurs associés solidaires ou non solidaires, selon l'espèce d'association, mais qui ne sont jamais solidaires que parce qu'ils font partie d'un corps moral dont ils sont la représentation.

Arrivons maintenant à l'association en participation. Le Code de commerce ne la définit pas, il ne la décrit même pas : et suivant la très-judicieuse observation de MM. Delamarre et Lepoitvin (1), il emploie quatre articles pour dire qu'il n'a rien à en dire. D'après l'article 47, la loi reconnaît les associations commerciales en participation; l'article 48 ajoute qu'elles sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, et qu'elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants; elles peuvent, suivant l'article 49, être

(1) *Contrat de comm.*, t. II, n. 245.

constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale ; enfin l'article 50 les dispense des formalités prescrites pour les autres sociétés. Le vide de ces quatre articles est cependant assez significatif, car le Code de commerce, en parlant de la participation, sans dire ce que c'est, s'en remet évidemment à la coutume pour la détermination de la nature de ce contrat, et conséquemment pour ceux de ses effets qui dépendent de sa nature particulière.

Or, si l'on consulte les anciens auteurs tant de l'école italienne que de l'école française, on les trouve tous unanimes sur ce point, que l'association en participation ne constitue pas un corps moral dans lequel se confondrait la personne des participants.

Le cardinal de Luca, qui a résumé toute la doctrine de ses devanciers, s'exprime fort nettement à cet égard. Le participant, dit-il, n'est pas un associé, *habens participationem non dicitur socius ;* il n'est pas maître de l'affaire, *non est condominus ;* il y a une grande différence entre une société et une participation aux profits et aux pertes, *atque magna est differentia inter societatem et participationem utilium* (1). Pourquoi cette différence ? C'est ce que le même auteur explique dans une espèce où il s'agissait d'une action formée contre les participants d'un fermier (*appaltus*), qu'on voulait faire condamner comme solidaires. Là-dessus, le cardinal de Luca disait qu'il y avait solidarité s'il y avait société, mais qu'il en était autrement s'il n'y avait que participation : *Secus autem si non esset societas vel ipsis appaltûs communicatio*, ita ut ejus substantia in omnibus residet, *sed firmâ remanente conductione seu appaltu in ipso Honorato, tantùm importaret solam admissionem ad participationem utilium et damnorum, et cum tùnc nullus dicatur intervenisse contractus vel quasi, inter locatorem et hujus modi admissos qui cum eo contrahere noluerunt, neque ad pensionis solutionem se obligare, ideoque sine voluntate et obligatione dari non poterat actio* (2). La participation ne constitue donc pas un corps moral dont la substance, comme en matière de société proprement dite, se

(1) *De regalibus*, disc. 90, n. 12. et disc. 91, n. 15.
(2) *De locatione-conductione,* disc. 27, n. 4 et 5.

trouve représentée par chacun des associés, *ut ejus substantia in omnibus resideret* : c'est une affaire qui ne repose que sur la tête qui l'a entreprise *firmâ remanente conductione in ipso Honorato* (le fermier), sauf la participation aux profits et aux pertes, à laquelle il admet des participants qui n'ont contracté qu'avec lui : *tantùm importaret solam admissionem ad participationem utilium et damnorum.*

Casaregis qui, venu après le cardinal de Luca, a été le dernier et le plus illustre de cette famille de jurisconsultes, vives lumières du droit commercial dont ils ont été les fondateurs, Casaregis énonce comme un point de droit constant qu'il y a une grande différence entre l'associé et e participant, *maxima differentia inter socium et participem*, en se bornant, pour en fournir la preuve, à renvoyer à de Luca (1).

Savary, le principal rédacteur de l'ordonnance de 1673, mais qui, plus praticien que jurisconsulte, était plus habile à décrire qu'à définir, décrit ainsi la participation, que de son temps on appelait société anonyme : « Elle s'appelle ainsi, « parce qu'elle est sans nom, et qu'elle n'est connue de per« sonne, comme n'important en façon quelconque au public ; « tout ce qui se fait en la négociation, tant en l'achat qu'en « la vente des marchandises, ne regarde que les associés cha« cun en droit soi, de sorte que celui des associés qui achète, « est celui qui oblige et qui paye au vendeur : celui qui vend « reçoit de l'acheteur ; ils ne s'obligent point tous deux en« semble envers une tierce personne ; il n'y a que celui qui « agit qui est le seul obligé : ils le sont seulement réciproque« ment l'un envers l'autre en ce qui concerne cette so« ciété.... (2). »

Et pour mieux faire comprendre cette description, Savary propose pour exemple diverses combinaisons, à l'aide desquelles peut se réaliser l'association en participation.

Il arrive, dit-il, au port de Marseille un navire venant de Smyrne. Un négociant de Marseille, qui sait de quoi se compose le chargement, demande à un négociant de Paris s'il veut

(1) *Disc.* 39. n. 30.
(2) *Parfait négociant*, t. I, 2ᵉ partie, p. 25.

participer avec lui dans l'achat et la vente de tout ou partie de ce chargement, et quelle part il désire y prendre. Si le marchand de Paris accepte, il s'établit, suivant la dénomination suivie du temps de Savary, une société *participe* ou anonyme, par suite de laquelle le négociant de Marseille achète la cargaison, la revend au mieux, et rend compte de l'opération au négociant de Paris, auquel il fait raison, dans la proportion convenue, des bénéfices réalisés, ou qui lui fait raison des pertes s'il y en a. C'est ce qu'on appelle, dit Savary, un compte en participation (1).

Autre exemple: Des marchands vont aux foires pour y vendre ou acheter de la marchandise. « Ceux qui y vont acheter « même marchandise, pour ne pas la suracheter s'ils allaient « sur les marchés les uns des autres, conviennent trois ou « quatre ensemble de s'associer pour l'achat des marchandises « qu'ils feront pendant la foire pour les partager et lotir entre « eux suivant les parts ou portions qu'ils auront convenu, et « l'argent que chacun aura porté pour faire ses achats... Les « paroles ainsi données de part et d'autre, ils se séparent pour « faire leurs achats, chacun en particulier, et rapportent ensuite « le tout pour être partagé entre eux (2). »

Enfin, une autre sorte de société anonyme ou inconnue se fait encore, suivant Savary, entre les négociants qui, voyant par exemple qu'en France les blés sont extrêmement chers à cause de la mauvaise récolte, et qu'à Dantzick ou autre part, il y en aura grande abondance, s'associent ensemble pour y en acheter et les faire venir en France, un seul des associés se charge d'aller acheter les blés ou de les faire venir, de les vendre lorsqu'ils seront arrivés et de partager ensuite le profit de l'opération entre tous les participants dans la proportion de l'intérêt qu'ils ont pris dans l'affaire (3).

A ces exemples on peut en ajouter un autre qui nous est fourni par Émérigon. Lorsque celui qui a un intérêt dans l'expédition d'un navire en cède une partie à un tiers, il se forme

(1) *Disc.* 39, n. 30.
(2) *Parfait négociant*, t. I, 2e partie, p. 27.
(3) *Ibid.*, p. 28.

entre le cédant et le cessionnaire une véritable société en participation : l'expédition se fait au nom du cédant seul qui en est le directeur, et qui s'oblige à faire part à son participe ou associé du produit net de la chose commune, relativement à l'intérêt cédé (1).

Comme on le voit, ces exemples d'associations en participation qui résument presque toutes les combinaisons d'un contrat introduit depuis longtemps par la pratique commerciale (2), confirment l'idée que s'en sont formée les jurisconsultes italiens, s'adaptent complétement à la description qu'en donne Savary, et excluent par conséquent toute application de la fiction légale qui, dans les sociétés ordinaires et proprement dites, fait voir un corps ou être moral, distinct de la personne même des associés qui le composent, puisqu'il est, au contraire, de l'essence de la participation que ceux des participants qui agissent, agissent en leur nom seul. Aussi Pothier, qui parle en jurisconsulte, d'une matière dont Savary parlait en homme d'affaires et en praticien, s'attachant à ce caractère essentiel de l'association en participation, la définit « celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul (3). » De même Jousse (4) dit équivalemment que la société anonyme n'est point faite en nom collectif comme les sociétés ordinaires; et Rogue, l'un des jurisconsultes qui ont saisi avec le plus de sagacité les signes caractéristiques et distinctifs des contrats commerciaux, dit, en parlant de la société anonyme ou compte en participation : « Cette société ne se fait sous aucun nom : « chacun travaille de son côté sous son nom particulier ; ils « se rendent réciproquement compte des profits ou des pertes « qu'ils partagent, et supportent en commun (5). »

1982. L'association en participation ne se personnifie donc point ; bien différente des sociétés proprement dites, elle n'a

(1) *Des contrats à la grosse*, ch. XII, sect. VIII, § 1.
(2) *Participem sola introduxit praxis*. (Rote de Gênes, décis. 89, n. 10.)
(3) *Contrat de société*, n. 61.
(4) Sur le titre *Des sociétés* de l'ordonn. de 1673.
(5) *Jurispr. consul.*, t. II, p. 237, n. 3.

pas, en dehors des associés, une personne morale et un nom social; en un mot, une raison qui les représente tous, ou qui représente les capitaux de tous.

C'est à MM. Delamarre et Lepoitvin (1) qu'appartient l'honneur d'avoir rappelé et mis en relief ces principes si complétement oubliés avant eux que la plupart des auteurs qui ont écrit sur cette matière depuis le Code de commerce, avaient cru trouver dans l'unité de l'affaire, ou dans la courte durée de l'opération, le caractère distinctif de l'association en participation. Cette erreur a été mise en crédit par M. Locré, ou plutôt par le Tribunat et par M. Regnault de Saint-Jean d'Angély, dont M. Locré rapporte ou traduit les observations, et suivant lesquels « l'association en participation ne serait qu'un marché d'un moment, relatif à quelque opération passagère, et différerait en cela de la société dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus (2). » Ce n'est pas la durée du lien, mais bien sa nature qui en fait la force. Néammoins cette erreur se propagea promptement et fit de rapides progrès, à tel point qu'il n'est peut-être pas un seul auteur qui ne l'ait reproduite sans contrôle, pour s'y rattacher comme au caractère distinctif de la participation (3). Sans doute, une opération accidentelle est plus facilement l'occasion d'une association en participation, qu'une affaire dont la complication présente moins de sûreté aux participants. Mais de même qu'une opération isolée peut faire l'objet d'une société en nom collectif, si tel est le mode d'association adopté par les parties, de même aussi une affaire composée d'une suite d'opérations n'a rien qui répugne à la participation simple, puisque rien ne s'oppose à ce que celui qui entreprend cette affaire admette un tiers à y participer. L'art. 48 du Code de commerce, si vague d'ailleurs, est précis sur ce point : il dit en termes exprès que les associations en participation « sont

(1) *Du contrat de commission*, t. II, n. 248 et suiv.
(2) *Esprit du Code de commerce*, sur l'art. 47.
(3) Voy. Malepeyre et Jourdain, p. 260 ; Pardessus, n. 1045 et 1046 ; E. Vincens, t. I, p. 378.

relatives à une *ou plusieurs opérations de commerce*, » et il ajoute qu'elles ont lieu pour les objets convenus entre les participants, ce qui exclut toute limitation quant au temps, quant à la durée et quant à la nature de l'objet de l'association. Aussi la jurisprudence, malgré quelques hésitations et des arrêts qui ont refusé de voir des associations en participation dans celles qui embrassent une série d'affaires (1), s'est néanmoins généralement prononcée dans un sens plus rationnel. Et, d'après les arrêts, l'exploitation d'une mine (2), des entreprises de commission (3); des entreprises d'équipements ou de vivres militaires (4); l'exploitation d'une entreprise de bains publics (5); la fabrication des espèces monnayées (6); la publication d'un journal (7); l'exploitation d'un brevet d'invention (8), peuvent être la matière d'une association en participation (9).

1982 *bis*. Il n'est pas douteux, du reste, qu'une société, bien que qualifiée de société en participation, n'en constitue pas moins une société en nom collectif, si elle a une raison sociale et un siége social, signes caractéristiques d'un corps moral distinct de la personne même des associés. La nature de la convention doit se déterminer par son objet réel et non par les apparences (10).

1983. C'est donc un point désormais constant, que l'association en participation ne constitue pas un corps moral, dans lequel se confond la personne des associés (11). L'affaire

(1) Bordeaux, 5 mai 1829, S., 9, 2, 255; D., 33, 2, 133; Grenoble, 9 juill. 1831, S., 32, 2, 373; D., 32, 2, 143.

(2) Cass., 30 avril 1828, S., 9, 1, 90.

(3) Cass., 18 juill. 1832, S., 33, 1, 476.

(4) Cass., 7 déc. 1836, S., 37, 1, 650; Nancy, 25 avril 1853, S., 55, 2, 535.

(5) Cass., 5 juill. 1825, S., 8, 1, 150.

(6) Cass., 8 janv. 1840, S., 40, 1, 20.

(7) Paris, 9 mars 1843, S., 43, 2, 273.

(8) Rouen, 19 janv. 1844, S., 44, 2, 393.

(9) Voy. aussi Agen, 23 nov. 1853, S., 54, 2, 23; Rennes, 28 janv. 1856, S., 57, 2, 10; Cass., 10 août 1859, S., 60, 1, 29; et 3 mars 1864, S., 64, 1, 173.

(10) V. Cass., 20 juill. 1863, S., 63, 1, 447.

(11) Cass., 15 juill. 1846, S., 49, 1, 290; Paris, 17 nov. 1848, S., S., 49, 2,

qui en fait l'objet n'est donc point l'affaire de la société, mais celle de l'associé directeur qui en reste le maître; les autres n'ont que le droit de participer à ses résultats heureux ou malheureux. *Non sunt socii*, dit Casaregis, *neque in jure formali negotii considerantur condomini, sed solum sunt participes* (1).

De là cette conséquence forcée et nécessaire que les tiers qui ont traité avec l'associé directeur ou maître de l'affaire, n'ont aucune action solidaire contre les participants, à raison des engagements contractés pour l'affaire commune. Eh! comment les tiers pourraient-ils avoir une action solidaire ou autre contre les participants, puisque, n'ayant contracté qu'avec le directeur ou le maître de l'affaire, ils ne connaissent que lui, et n'ont par conséquent d'action que contre lui. En matière de société, les tiers qui contractent avec le gérant n'ont pas besoin de connaître les associés pour avoir action contre eux, parce qu'ils ont, dans le fait, contracté avec la société que tous les associés représentent. Au contraire, en matière de participation, en contractant avec le maître de l'affaire, ils ne peuvent se préoccuper ni se prévaloir des conventions qu'il a faites avec les personnes qu'il a admises à participer, auxquelles il doit compte des bénéfices, mais qui ne doivent qu'à lui seul leur part conventionnelle dans les pertes justifiées. *In casu societatis*, dit très-nettement le cardinal de Luca, *debitum ab uno socio, in causam negotii socialis contractum, obligat alterum; et è converso exclusâ societate ac positâ simplici admissione ad participationem, contrarium dicendum est* (2). Les participants, ajoute Casaregis qui vient joindre son autorité à celle de son illustre devancier, ne peuvent ni agir contre les débiteurs de l'affaire commune, ni être actionnés par les créanciers : *Neque ipsi agere possunt contra debitores societatis, neque conveniri valent à creditoribus socie-*

199; Bastia, 25 avril 1855, S., 55, 2, 422; Cass., 5 mai 1858, S., 59, 1, 228; et 3 mars 1864, S., 64, 1, 173; M. Bédarride, t. II, n. 434; M. Alauzet, t. I, n. 247.

(1) *Disc.* 29, n. 38.

(2) *De credito*, disc. 87, n. 7. — Voy. aussi le même auteur, *De cambiis*, disc. 29, n. 6.

tatis; et il conclut de là que la principale différence qui distingue le participant de l'associé, c'est que le participant n'est tenu que jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'il a pris dans l'affaire : *Maxima est differentia inter socium et participem, et sic in jure diversi producunt effectus, quorum præcipui sunt ut participes non teneantur nisi ad ratam capitalis pro quo participant in negotio* (1).

Aussi, tous les anciens auteurs français, conséquents avec les principes qu'ils ont si bien mis en lumière, sont-ils unanimes pour refuser toute action, et à plus forte raison toute action solidaire contre l'associé anonyme ou participant, à ceux qui ont traité avec le maître de l'affaire. C'est l'opinion de Savary (2), de Pothier (3), de Rogue (4), de Jousse (5). Tous reconnaissent que les participants ou associés inconnus ne sont engagés que vis-à-vis les uns des autres, mais non envers les tiers qui ont traité avec l'associé principal ou directeur, parce que la société en participation n'est point faite en nom collectif comme les sociétés ordinaires, où les engagements se font sous les noms exprimés de tous les associés, ou sous le nom collectif de *tel et compagnie.*

Enfin, la Cour de cassation, après avoir accordé l'action solidaire aux tiers contre les participants (6), a changé de jurisprudence le 9 janvier 1821 (7), et a persisté dans ce dernier système par son arrêt plus récent du 8 janvier 1840 (8), en jugeant que les tiers n'avaient aucune action solidaire contre les participants.

1984. Sans doute les créanciers de l'associé principal et directeur peuvent agir contre les participants du chef de leur

(1) *Disc.* 39, n. 30 et suiv.
(2) *Loc. cit.*, p. 25.
(3) *Des sociétés*, n. 63.
(4) T. II, p. 238.
(5) Sur le titre *Des sociétés.*
(6) 28 mai 1817, S., 5, 1, 322.
(7) *Ibid.*
(8) S., 40, 1, 20. — Voy., dans le même sens, Lyon, 26 janv. 1849, S., 51, 2, 399; Bordeaux, 23 juin 1853, et Agen, 23 nov. 1853, S., 54, 2, 23.

débiteur, en exerçant les droits de ce dernier (1); mais cette action oblique qui ne procède point d'une obligation sociale, et qui ne peut s'exercer que dans les limites des conventions qui lient les participants au maître de l'affaire, ne doit point être confondue avec l'action directe et solidaire qui appartiendrait aux tiers, si l'engagement pris envers eux était un engagement social. Cette distinction est clairement indiquée par de Luca : *Contrà participem nulla datur actio directa, neque intrat regula ut obligatio contracta per socium afficiat consocium. Creditori alia non datur actio nisi obliqua, ex personâ propriâ et directi debitoris cujus dicetur legalis procurator, ejusque jura exercere potest, et prout ipsi debitori competunt; secùs autem si non debitori competat* (2).

Vainement objecterait-on que dans l'ancien droit, et surtout dans l'ancien droit italien, le participant était assimilé au commanditaire, et qu'on les confondait souvent l'un et l'autre, pour en conclure que l'action directe que nous avons reconnue aux créanciers de la société contre les commanditaires doit également être ouverte contre les participants, avec cette différence toutefois que les participants seraient solidairement tenus, parce qu'ils ne pourraient se prévaloir des dispositions spéciales qui limitent la responsabilité des commanditaires.

Il est vrai qu'aux yeux des jurisconsultes italiens il y avait une grande affinité entre la participation et la commandite. Casaregis, dans un passage que j'ai déjà eu l'occasion de citer (3), applique la qualification de participation à une commandite; il en est de même du cardinal de Luca (4). Mais pourquoi cette assimilation? Parce que sous l'ancien droit italien, du même que sous notre ancien droit français la commandite ne se révélait pas aux tiers et n'agissait pas sous une raison sociale. C'est par cette raison que, dans l'ancien droit, les commanditaires n'étaient pas exposés à l'action directe des tiers; et c'est parce qu'aujourd'hui la commandite est

(1) C. civ., 1184. Voy. *sup.*, n. 1734.
(2) *De credito*, disc. 88.
(3) Voy. *sup.*, n. 1965. Voy. aussi *Disc.* 29, n. 38.
(4) *De credito*, disc. 80, n. 7.

représentée par une raison sociale, qu'une action directe contre les commanditaires appartient aux créanciers de la société (1). Mais comme la participation n'a pas cessé d'être ce qu'elle était autrefois, et qu'elle n'a pas aujourd'hui plus de raison sociale qu'elle n'en avait jadis, les règles qui ont cessé d'être applicables à la commandite ont continué de s'appliquer à la participation, et il n'y a rien à conclure contre les participants de l'action directe à laquelle, sous l'empire du nouveau droit, sont exposés les commanditaires.

1985. C'est, du reste, un point que les auteurs modernes reconnaissent assez généralement, que les tiers n'ont d'action ni directe, ni solidaire contre les participants. Mais ils modifient ce principe par une exception qui contredit le principe lui-même et qui en est la négation. M. Merlin a soutenu, dans un réquisitoire devenu célèbre, que, en thèse générale, lorsque la société a profité de l'engagement pris par l'associé directeur ou gérant, les tiers ont contre l'associé non dénommé une action directe et solidaire, et spécialement, que l'associé participant ou anonyme est solidairement et directement tenu envers les tiers des engagements qui, contractés par le maître de l'affaire, ont tourné au profit de l'association (2). Ce système embrassé par plusieurs arrêts (3), a été suivi par un certain nombre d'auteurs qu'a entraînés l'autorité du savant procureur général, et parmi lesquels on remarque M. Pardessus (4) et M. Vincens (5).

Il n'y a rien à ajouter aux raisons victorieuses à l'aide desquelles MM. Delamarre et Lepoitvin (6) et M. Troplong (7) ont réfuté la thèse générale de M. Merlin et établi qu'il ne suffit pas que l'engagement contracté par un associé ait tourné au profit de la société, pour que les tiers aient une action directe

(1) Voy. *sup.*, n. 1977.
(2) *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.
(3) Cass., 28 germinal an XII; S., 1, 1, 957, 16 mars 1817, *Ibid.*, 5, 1, 301.
(4) *Droit commerc.*, n. 1049.
(5) T. I, p. 378.
(6) *Du contrat de commission*, t. II, 247 et suiv.
(7) *Des sociétés*, t. II, n. 773 et suiv.

et solidaire contre les associés (1). Je renvoie le lecteur à leurs savantes et lumineuses discussions. Il me suffira de faire remarquer ici que cette thèse ne touche en rien les associés en participation, et que tous les arguments par lesquels on prétend établir le droit des tiers contre les associés, à raison des engagements qui auraient profité à la société, ne sont pas concluants dès qu'on veut les appliquer à l'association en participation, puisque là où il n'y a pas de société, la société ne profite pas, et que les participants qui ne représentent pas une personne morale, ne peuvent répondre des engagements dont répondrait cette personne morale, si elle existait. Les tiers, qui n'ont contracté avec les participants, ni directement ni indirectement, ne peuvent donc avoir aucune action directe et solidaire contre eux, sous prétexte que les participants ont profité de l'opération, alors même qu'en matière de société ordinaire et proprement dite, on déciderait que les tiers ont une action directe contre les associés, à raison des engagements contractés par l'un des deux en son nom personnel, et dont la société aurait profité.

Le principe général reste donc dans toute sa force, et il est vrai de dire que dans aucun cas et sous aucun prétexte les tiers n'ont une action directe et solidaire contre les simples participants (2).

1986. Je dis contre les simples participants : car il est bien évident que si des individus qui ont prétendu n'établir entre eux que les liens d'une participation, s'obligeaient en commun par le même acte, et sans division d'intérêts, ils seraient obligés solidairement, parce que, en s'engageant collectivement ils auraient contracté de fait ou d'intention une société en nom collectif dont ils devraient subir toutes les conséquences (3). C'est par ce motif que, lorsque deux commerçants

(1) Voy. *sup.*, n. 1957.

(2) Bordeaux, 13 avril 1848, S., 48, 2, 397; MM. Delamarre et Lepoitvin, *ubi sup.*, n. 243 et suiv.; M. Troplong, n. 780 et suiv.; M. Delangle, *Des sociétés*, n. 603 et suiv.; M. Alauzet, t. I, n. 251.

(3) Voy. Bordeaux, 19 juil. 1830, S., 31, 2, 75; Colmar, 29 avril 1850; Metz, 2 nov. 1854, S., 54, 2, 126; Aix, 4 juin 1868, D., 69, 2, 212.

signent ensemble la même obligation, ils sont obligés solidairement s'ils se sont associés pour le fait particulier à l'occasion duquel ils contractent, ainsi que nous l'avons déjà dit en examinant la question de savoir quand et comment les obligations conjointes entre commerçants peuvent être de plein droit réputées solidaires (1), et en expliquant comment il n'est pas nécessaire, pour qu'une société en nom collectif soit formée et s'oblige comme telle envers les tiers, que son existence soit constatée par un écrit et manifestée par l'emploi d'une raison sociale (2).

1986 *bis*. Je n'ai rien à dire ici sur les sociétés à capital variable réglementées par le titre III de la loi du 24 juillet 1867, dont la forme s'applique surtout aux sociétés *coopératives* ou de *coopération* dans lesquelles on a cru trouver une issue aux aspirations des classes ouvrières.

« Les sociétés à capital variable, ainsi que l'explique un des commentaires les plus autorisés de la loi du 24 juillet 1867 (3) sont bien moins une espèce particulière d'association qu'une modalité des sociétés telles que les a établies le droit commun. En réalité toute association coopérative est avant tout une société en nom collectif, en participation, en commandite ou anonyme, suivant la forme qu'elle a spécialement adoptée. C'est ce que notre article a bien fait comprendre en disant que les associations de cette sorte sont d'abord soumises aux règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale. »

Il y a seulement lieu de remarquer que dans les sociétés à capital variable, l'associé qui cesse de faire partie de la société soit par l'effet de sa volonté, soit par suite d'une décision de l'Assemblée générale, reste tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers de toutes les obligations existant au moment de sa retraite.

Ici finit ce que j'avais à dire sur la solidarité sociale. Je me

(1) Voy. *sup.*, n. 1914.
(2) Voy. *sup.*, n. 1946.
(3) Le commentaire de la loi du 24 juillet 1867, par MM. Mathieu et Bourguignat, p. 211.

suis longuement étendu sur ce sujet à raison de son importance : il y aura beaucoup moins à dire sur les autres cas de solidarité légale, dont l'application soulève des difficultés peut-être aussi graves, mais assurément moins nombreuses.

1987. Passons à l'examen de la solidarité établie contre les signataires des effets négociables ou transmissibles par voie d'ordre.

Aux termes des articles 118, 140 et 142 du Code de commerce, tous ceux qui ont signé une lettre de change, soit comme obligés principaux, soit comme cautions, ceux qui l'ont endossée, ceux qui l'ont acceptée, sont tenus envers le porteur à la garantie solidaire de l'exécution de l'engagement qu'ils ont contracté : ceux qui ont signé ou endossé une lettre de change en garantissent solidairement tant l'acceptation que le payement; ceux qui l'ont acceptée n'en garantissent que le payement.

L'article 187 du même Code soumet les signataires ou endosseurs d'un billet à ordre, en ce qui touche le payement, à la même garantie solidaire que les signataires ou endosseurs d'une lettre de change (1).

Enfin il est certains contrats maritimes, tels que le contrat de prêt à la grosse et le connaissement, qui, aux termes des articles 281, 314 et 315 du Code de commerce, peuvent être faits à ordre, négociés par voie d'endossement, et qui se trouvent dès lors régis quant à la solidarité des divers signataires ou endosseurs, par les mêmes principes que la lettre de change et le billet à ordre. Occupons-nous donc d'abord de la solidarité des divers obligés au payement ou à l'acceptation des lettres de change ou des billets à ordre, et nous ferons ensuite une application succincte des règles que nous aurons tracées aux contrats particuliers qui deviennent accidentellement négociables par voie d'ordre ou d'endossement.

1988. Remarquons en premier lieu que la solidarité qui atteint les signataires ou endosseurs des lettres de change et des billets à ordre, ne distingue point entre les signataires com-

(1) L'art. 4 de la loi du 14 juin 1865 assimile également sous ce rapport les chèques aux lettres de change.

merçants et les signataires non commerçants. Tous sont également frappés. Il n'y a aucun doute à cet égard relativement à la lettre de change, qui est un acte essentiellement commercial, et dont l'effet est de soumettre nécessairement tous les signataires indistinctement à la juridiction commerciale (1). Il ne saurait y en avoir non plus relativement aux billets à ordre, bien que les signataires non commerçants ne soient soumis à la juridiction commerciale que lorsque le billet porte en même temps des signatures d'individus commerçants (2). La solidarité tient ici, non à la qualité de la personne qui peut être inconnue, mais à la forme de l'obligation dont les effets sont connus de tout le monde, et sur lesquels la bonne foi ne permet pas qu'il puisse y avoir d'incertitude (3).

1989. Quant aux lettres de change réputées simples promesses, il faut faire une distinction. Si la lettre de change est réputée simple promesse par application de l'article 112 du Code de commerce, parce qu'elle contiendrait des suppositions soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit du lieu d'où elle est tirée et où elle est payable, comme alors elle n'est plus une lettre de change (4), elle ne peut soumettre ceux qui l'ont signée à aucune des charges particulières à cette nature d'engagement. Ce n'est plus qu'une obligation ordinaire régie par le droit commun, et pour laquelle on ne pourrait même revendiquer les effets attachés aux billets à ordre, alors même qu'elle en remplirait les conditions essentielles, parce que ce serait la faire rentrer par une voie détournée dans le droit spécial dont l'article 112 l'exclut formellement. Sans doute elle peut, en cet état, constituer un acte de commerce, et entraîner contre les signataires commerçants des conséquences commerciales telles que l'attribution aux tribunaux consulaires (5); mais comme ce n'est pas une lettre de change, elle ne peut produire aucun des effets spéciaux à cette espèce d'obligation et qu'il était dans l'intention des parties de lui faire produire,

(1) C. com., 632, 636.
(2) C. com., 636.
(3) Duranton, t. XI, n. 212. — Voy. *sup.*, n. 1937.
(4) Voy. *sup.*, n. 1794.
(5) C. com., art. 636 et 637.

en simulant les conditions constitutives de la lettre de change (1).

1990. Si, au contraire, il s'agit d'une lettre de change régulière d'ailleurs, sur laquelle se trouve la signature de femmes ou de filles non négociantes ou marchandes publiques, signature qui ne vaut, à l'égard de ces femmes ou de ces filles, que comme simple promesse, je pense que l'obligation, ne cessant pas d'être une lettre de change, soumet les femmes et les filles à la solidarité qui pèse sur les autres signataires. Je me suis déjà expliqué sur ce point, de manière à n'avoir plus besoin d'y revenir ici (2).

1991. Du reste, si une femme non marchande tirait ou signait une lettre de change conjointement avec son mari, la solidarité qui existe entre les autres signataires existerait à plus forte raison entre elle et son mari (3).

1992. Il y a, en matière de lettre de change et de billets à ordre, deux sortes de solidarité. L'une est la solidarité ordinaire, c'est-à-dire la solidarité des codébiteurs qui sont obligés ensemble au payement d'une dette commune, et entre lesquels la dette se divise de plein droit (4). Elle a lieu lorsque deux ou plusieurs personnes ont souscrit, endossé, ou accepté ensemble et conjointement, une lettre de change ou un billet à ordre. Les souscripteurs, endosseurs ou accepteurs conjoints, sont solidairement tenus entre eux, de telle sorte que si l'un des accepteurs conjoints vient à payer la dette, elle se divise entre les autres accepteurs contre lesquels celui qui a payé ne peut recourir que pour leur part dans la dette commune.

L'autre est la solidarité des cautions ou des garants qui ont tous un recours successif et solidaire contre les signataires qui les précèdent, jusqu'au dernier qui n'a de recours contre personne et qui supporte seul la totalité de la dette. Ainsi, le porteur d'une lettre de change qui à l'échéance n'est pas

(1) Voy. cependant M. Locré, sur l'art. 112 Code com.
(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 1136.
(3) Voy. *sup.*, t. II, n. 1137.
(4) C. civ., art. 1213. Voy. *inf.*, art. 2.

payée par l'accepteur, a un recours solidaire contre tous les endosseurs et contre le tireur ou souscripteur. S'il s'adresse au tireur et que celui-ci paye, tout est dit; la lettre de change est rentrée entre les mains de celui qui l'avait remise, et à moins que celui-ci n'ait des coobligés qui auraient tiré avec lui, il n'a de recours contre aucun codébiteur. Si, au contraire, le porteur s'adresse à l'un des endosseurs (et il a le choix entre tous puisque tous sont solidaires), cet endosseur, après avoir payé, a également un recours solidaire contre tous les endosseurs précédents, et ainsi de suite jusqu'au dernier. En d'autres termes, chaque porteur (et par là il faut entendre non pas seulement celui qui est porteur de l'effet au moment de l'échéance, mais encore tout signataire de l'effet qui s'en trouve en possession après avoir remboursé) chaque porteur a pour garant non-seulement son cessionnaire immédiat, mais encore tous les cessionnaires antérieurs et successifs auxquels il peut s'adresser indifféremment, et qui tous sont tenus de faire honneur à leur signature, sans pouvoir demander que le créancier s'adresse d'abord de préférence à des coobligés plus rapprochés de lui dans l'ordre des endossements. Il ne peut donc y avoir ni discussion ni division entre les codébiteurs : une lettre de change constitue relativement à chacun des signataires une obligation distincte et personnelle, et tous les endosseurs étant garants du payement de la somme totale, non-seulement envers le porteur, mais encore, éventuellement, envers les endosseurs qui les suivent, ne peuvent se libérer les uns envers les autres qu'en payant la totalité.

1993. Rien d'ailleurs de plus juste et de plus rationnel que le recours solidaire qui est accordé au porteur contre les endosseurs et le tireur au cas de non-payement par l'accepteur ou le tiré.

Quant au tireur qui reçoit la valeur de la lettre qu'il fournit, il est clair qu'il s'engage non-seulement à la faire accepter par le tiré mais encore à la faire payer. *De naturâ cambii est*, dit Raphaël de Turri, *ut non factâ solutione in loco destinato per eum cui remissa erat destinata, quod dator earumdem rema-*

neat debitor nedum summæ de quâ in litteris, sed etiam de interesse decurso et decurrendo, usque ad actualem solutionem (1). Tous les anciens auteurs qui ont fondé le droit du commerce ou qui en ont constaté les usages, sont d'accord sur cette règle que les tribunaux de leurs temps avaient sanctionnée de leur autorité, *cùm de communi omnium Europæ tribunalium consuetudine, ratione commercii id receptum sit* (2) ; et que la Rote de Gênes avait nettement formulée en ces termes : *Scribens litteras cambii tenetur in solidum cum eo cui sunt scriptæ etiam post acceptationem* (3).

1994. Il est à remarquer que si la lettre de change a été tirée d'ordre et pour le compte d'un tiers qui est en nom dans la lettre de change elle-même, ce donneur d'ordre est un tireur ordinaire qui est dès lors soumis au même recours solidaire qu'un tireur pur et simple. S'il ne figure pas dans la lettre de change, il n'est plus qu'un tiers contre lequel le porteur et les endosseurs ne peuvent recourir que du chef du tireur, et en exerçant les actions de ce dernier (4).

1995. Quant aux endosseurs, qui sont de véritables cédants, ils sont naturellement tenus à une garantie de droit envers leurs cessionaires; et comme c'est par le fait de tous les endosseurs successifs que la lettre de change ou le billet à ordre est arrivé entre les mains du porteur, il est juste, et l'intérêt du commerce le commande d'ailleurs, que le porteur ait un recours, non-seulement contre son cédant immédiat, mais encore contre les précédents endosseurs qui ont tous également concouru à mettre l'effet en circulation. De là, la règle qui étendit la solidarité à tous les endosseurs, aussitôt que se fut introduit l'usage de la transmission des lettres de change par voie d'ordre : *Ultimus giratarius, litteris non adimpletis, habet regressum tàm contrà datorem quàm contrà omnes præcedentes giratorios* (5).

(1) *De cambiis*, disp. 3, quæst. 12, n. 16.
(2) De Luca, *De cambiis*, disc. 22, n. 22.
(3) Décis. 2, n. 41. Voy. aussi Décis. 8, n. 19, et Décis. 10, n. 2; Casaregis, *Disc.* 48, n. 1 ; 59, n. 20; 61, n. 1; 190, n. 16.
(4) Dupuy de la Serra, *Art des lettres de change*, ch. XVI, n. 9 et 10. Voy. De Luca, *De cambiis*, disc. 30; et Casaregis, *Disc.* 57
(5) Casaregis, *Disc.* 58, n. 7.

1996. Du reste, le tireur qui a fourni la provision entre les mains du tiré, c'est-à-dire qui est créancier du tiré pour une somme au moins égale au montant de la lettre de change, créance dont la lettre de change n'est en réalité que la cession; les endosseurs, qui ne sont que les cessionnaires successifs du même titre, n'étant tenus les uns et les autres que de garantir au porteur le payement de ce titre, ne sont exposés à un recours solidaire, qu'autant qu'à l'échéance la lettre de change n'a pas été acquittée par le tiré, et que le porteur a fait toutes diligences pour être payé par celui qu'il avait accepté pour débiteur. *In contractu cambii*, dit très-bien à ce sujet le cardinal de Luca (1), *juxtà magis communem et receptam opinionem, non datur pœnitentia; idcircò ille qui dedit pecunias, molestare non potest recipientem ac respectivè scribentem litteras, nisi ex capite non implementi quod habet pro fundamento moram, ad cujus effectum necessarium est docere de interpellatione; sive ex aliâ regulâ quod cessionarius acceptans alium in debitorem quamvis pro solvendo et non pro soluto, regressum habere non potest contrà cedentem, nisi priùs factis diligentiis contrà nomen cessum, ut ita satisfactum dicatur saltem mandato, quod cessionarius à mandante suscepisse dicetur ad exigendum* (2).

Et comme le tiré qui a fait la provision, ainsi que les endosseurs qui sont autorisés à croire qu'elle a été faite, doivent présumer que la lettre de change a été payée à son échéance, tant qu'ils n'ont pas été instruits du contraire, et que l'intérêt du commerce ne permet pas qu'ils restent longtemps dans l'incertitude à cet égard; toutes les coutumes et toutes les législations qui s'y sont conformées, ont imposé au porteur l'obligation de mettre le tiré en demeure au moment de l'échéance, au moyen d'un acte appelé protêt, et de dénoncer ce protêt, dans un bref délai, au tireur et aux endosseurs contre lesquels il prétend conserver un recours solidaire. *Creditor litterarum cambii*, dit Casaregis (3), en résumant

(1) *De cambiis*, disc. 21, n. 4.
(2) Voy. aussi Ansaldus, *Disc.* 1, n. 8.
(3) *Disc.* 190, n. 30.

toutes les autorités doctrinales et jurisprudentielles qui avaient fondé le droit commercial, *vel illius giratarius si fuit negligens in præsentandis litteris, vel præsentatis non denuntiaverit intrà debitum tempus scribenti morositatem, seu reluctantiam illius cui pro eis solvendis directæ fuerunt, nullam regressum habet contrà scribentem* (1).

De là, la nécessité de constater le refus du payement par un acte que l'on nomme protêt, qui doit être fait le lendemain de l'échéance, et notifié dans la quinzaine au tireur et aux endosseurs contre lesquels le porteur veut exercer son action solidaire (2).

Mais il faut bien remarquer que, lorsque le tireur n'a pas fait la provision entre les mains du tiré, il n'est plus garant d'une créance qui n'existe pas : il reste débiteur direct de la valeur qu'il a reçue, et qu'il a promis de faire payer. Si donc le tiré refuse de payer parce qu'il n'a pas provision, le porteur n'a pas besoin, pour pouvoir recourir contre le tireur, de faire protester la lettre de change dans les délais ordinaires.

1997. Rien n'empêche au surplus, soit le preneur d'une lettre de change de renoncer à tout recours solidaire contre le tireur, soit les porteurs successifs de renoncer à ce recours contre les endosseurs qui leur ont transmis l'effet. Mais une pareille renonciation, pour être opposable aux porteurs ultérieurs, doit être clairement exprimée sur la lettre même. Dans ce cas, tous ceux qu'un endossement rend porteurs de l'effet, savent sous quelle condition il a été tiré, souscrit ou endossé, et sont dès lors obligés de se soumettre à une condition qu'ils ont acceptée (3).

1998. Les règles qui précèdent sur la solidarité des lettres de change et des billets à ordre s'appliquent pleinement aux contrats à la grosse, lorsqu'ils sont stipulés transmissibles par

(1) Voy. encore *Disc.* 1, n. 8, et *Disc.* 48, n. 1; Rote de Gênes, Décis. 6, n. 6; Décis. 50, n. 1; Décis. 8, n. 18 et 19.

(2) C. com., art. 162, 165, 167, 173.

(3) Cass., 19 janv. 1841, S., 41, 1, 165; 11 janv. 1849, S., 50, 1, 121; 16 juin 1856, S., 56, 1, 601. — Voy. aussi Cass., 6 juin 1853, S., 53, 1, 472; et Toulouse, 2 mai 1855, S., 55, 2, 720; M. Pardessus, n. 348; M. Alauzet, t. II, n. 885.

voie d'endossement (1). Le prêteur à la grosse qui se trouve le premier cédant, et les endosseurs successifs sont solidairement soumis au recours du porteur, en cas de non-payement du capital prêté, à l'époque du remboursement. Mais il est à remarquer que leur garantie ne couvre que le capital : elle ne s'étend pas au profit maritime (2) : ce qui est juste, car le prêteur à la grosse qui n'a reçu de celui à qui il a négocié son contrat que la somme principale qu'il avait remise à l'emprunteur, et les endosseurs qui n'ont pas touché au delà de cette somme de leurs cessionnaires respectifs, ne peuvent garantir que ce principal, *valutam receptam* (3). Néammoins, rien ne s'oppose à ce que les parties fassent des conventions contraires, et étendent la garantie des endosseurs jusqu'au profit maritime (4).

1999. Comme la lettre de change et le billet à ordre auxquels il est assimilé, le contrat à la grosse doit être protesté par le porteur qui veut se réserver un recours en garantie solidaire contre les endosseurs. Quand le contrat à la grosse est à échéance fixe, le protêt doit être fait le lendemain de cette échéance par application des règles ordinaires. Quand, au contraire, l'échéance est indéterminée, par exemple, quand le prêt est fait pour une partie de voyage, le protêt doit être fait le lendemain du jour où le porteur a eu connaissance du fait qui rendait le capital exigible (5). Ainsi, dans une espèce où l'exigibilité du contrat à la grosse était amenée par le déroutement du navire, il a eté jugé que le porteur était tenu, à peine de déchéance, de faire le protêt le lendemain du jour où il avait notifié le déroutement aux prêteurs (6).

2000. Les règles sur la solidarité des effets négociables

(1) C. com., art. 313. Casaregis, *Disc.* 55.

(2) C. com., art. 314.

(3) Casaregis, *Disc.* 55, n. 2; Émérigon, *Des contrats à la grosse*, ch. IX, sect. I, § 2.

(4) C. com., art. 314.

(5) M. Pardessus, n. 915; M. Boulay-Paty, *Droit marit.*, t. III, p. 104.

(6) Tribunal de Marseille, 19 nov. 1820, *Journal de Marseille*, t. I, 1re p., p. 138.

s'appliquent encore aux connaissements que l'art. 281 du Code de commerce permet de faire à ordre. Le porteur du connaissement auquel le capitaine ne remet pas les marchandises qui y sont portées, a un recours solidaire contre les endosseurs en payement de la valeur de ces marchandises, après protêt fait dans un délai qu'il est impossible de déterminer d'avance d'une manière uniforme, et dont l'échéance dépend des circonstances et des conventions des parties.

2001. Passons maintenant en revue certains cas de solidarité légale, moins importante sans doute que ceux qui précèdent, mais qui sont loin d'être dépourvus d'intérêt.

Voyons d'abord ce qui concerne le mandat.

Aux termes de l'article 1995 du Code civil, quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. Au contraire, aux termes de l'article 2002, lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui des effets du mandat (1). En droit civil, la solidarité légale n'existe donc pas au profit des mandants contre les mandataires, tandis qu'elle existe au profit des mandataires contre les mandants.

2002. La première de ces deux règles est également applicable en matière commerciale, puisqu'aucune disposition particulière du droit commercial ne fait peser sur les mandataires commerciaux une solidarité dont le droit commun les affranchit. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la solidarité fût de droit en matière commerciale, et nous avons prouvé qu'en matière commerciale, comme en matière civile, il n'y avait de solidarité qu'autant qu'elle résultait de la volonté de la loi, ou qu'elle était stipulée par les parties contractantes (2).

Si donc plusieurs commissionnaires non associés ont reçu la même commission du même commettant, ils ne sont solidairement obligés envers le commettant qu'autant que la soli-

(1) L. 59, § 3, ff. *Mandati.*

(2) Voy. *sup.*, n. 1908 et suiv.

darité a été stipulée (1). L'opinion contraire, soutenue par MM. Delamarre et Lepoitvin, repose uniquement sur la théorie d'une solidarité générale et de plein droit qui serait la règle des affaires commerciales (2). Je n'ai plus besoin de la combattre ici.

2003. Par la même raison, les syndics d'une faillite ne sont solidaires ni envers les tiers avec lesquels ils traitent au nom de la masse, ni envers la masse pour les comptes qu'ils ont à lui rendre. Les syndics sont des mandataires nommés, il est vrai, par justice au lieu d'être directement choisis par ceux qu'ils représentent; mais cette circonstance ne change pas leur caractère, et conséquemment ne les soustrait pas au droit commun pour les placer sous l'empire d'un droit particulier, dont le principe, en ce qui les concerne, ne se trouve écrit nulle part. Avant la loi qui, en 1838, a modifié les anciennes dispositions du Code de commerce sur les faillites, la question était controversée. Un arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 1814 (3), se fondant, soit sur ce que les syndics tenaient leur mandat de la justice et non des parties elles-mêmes, soit sur ce qu'ils devaient l'accomplir en commun, avait décidé que ce mandat entraînait contre eux une responsabilité indivisible et solidaire. Mais le contraire avait été jugé par la cour de Lyon, le 30 août 1836 (4), par ce motif que les syndics seraient en réalité des mandataires constitués collectivement pour la même affaire, qui, aux termes du droit commun, ne peuvent être réputés solidaires qu'autant que l'obligation prendrait sa source dans une faute commune, et qui, à raison de cette communauté, les soumettrait à la solidarité résultant des quasi-délits. La même divergence existait parmi les auteurs. Ainsi, M. Pardessus se prononçait pour la solidarité (5), tandis que M. Duranton

(1) M. Alauzet, t. I, n. 403.

(2) *Du contrat de commission*, t. II, p. 472. Voy., dans le même sens, M. Troplong, *Du mandat*, n. 497; et M. Rodière, *De la solidarité*, n. 264.

(3) S., 4, 1, 315. Voy. aussi Cass., 26 juill. 1836, S., 37, 1, 994; D., 36, 1, 307.

(4) D., 38, 2, 187.

(5) N. 1167.

adoptait l'opinion contraire (1). Il semble donc que la loi nouvelle eût dû résoudre définitivement une question aussi importante, soit pour la masse, soit pour les syndics; cependant elle n'en a rien fait : loin de là, elle est venue ajouter à la difficulté d'autres éléments de doute et de discussion. Le nouvel article 465 porte : « S'il a été nommé plusieurs syndics, ils ne pourront agir que collectivement; néanmoins, le juge commissaire peut donner à un ou plusieurs d'entre eux des autorisations spéciales à l'effet de faire séparément certains actes d'administration. Dans ce dernier cas, les syndics autorisés sont seuls responsables. » Suivant M. Renouard (2) et M. Lainné (3), cet article résoudrait affirmativement la question, antérieurement controversée, de savoir s'il y a solidarité entre les syndics pour les faits de leur gestion. Mais j'avoue que je ne puis rien y voir de semblable. De ce que les syndics doivent agir collectivement; de ce qu'ils sont tous responsables à moins qu'ils n'aient été autorisés à agir séparément, il n'en résulte pas que la responsabilité collective soit une responsabilité solidaire. La question reste donc dans les termes où elle était avant la loi nouvelle, et on ne peut même dire que cette loi, en ne consacrant pas d'une manière formelle le système de la solidarité, lorsqu'elle était provoquée à le faire, l'a par cela même condamné. Toutefois il y a des arrêts qui, même depuis la loi nouvelle, se sont prononcés dans le sens de la solidarité (4).

2004. De même, lorsque plusieurs liquidateurs ont été nommés en matière de société, les associés dont ils sont les mandataires n'ont aucune action solidaire contre eux à raison de ce mandat : peu importe à cet égard que les liquidateurs soient eux-mêmes associés, puisque la solidarité, qui est particulière aux sociétés commerciales, n'est établie qu'au profit des tiers, et nullement au profit des associés entre eux (5).

2004. Voilà pour ce qui concerne la solidarité des manda-

(1) T. XI, n. 207.
(2) *Des faillites*, t. I, p. 441, 2e édit.
(3) Comm. de la loi de 1838, p. 109.
(4) Voy. Limoges, 2 sept. 1842, S., 45, 2, 65.
(5) Voy. *sup.*, n 1900.

taires. Quant à la solidarité des mandants, qui, comme nous venons de le voir, est admise par le droit civil, elle est également admise, et cela sans aucune difficulté, par le droit commercial.

Ainsi, lorsque plusieurs commettants ont constitué un commissionnaire pour une affaire commune, chacun d'eux est tenu solidairement envers lui des effets du mandat. Et lorsque plusieurs commettants chargent conjointement un commissionnaire de la même affaire, on doit présumer que cette affaire leur est commune, puisqu'en se réunissant pour faire choix d'un mandataire ils agissent comme s'ils y avaient tous le même intérêt. Cette présomption, qui résulte de la manière dont le mandataire a été constitué, a autant de force en matière civile qu'en matière commerciale, bien que MM. Delamarre et Lepoitvin semblent la considérer comme particulière aux mandats commerciaux (1).

2006. Mais c'est une question que de savoir si les syndics d'une faillite ont une action solidaire contre les créanciers qui composent la masse, pour le remboursement de leurs avances ou de l'indemnité qui peut leur être allouée. On doit décider que leur action se divise contre les créanciers dans la proportion de la part de ceux-ci dans l'actif de la faillite : en effet, les syndics, n'étant pas constitués par les créanciers individuellement, ne sont pas des mandataires constitués par plusieurs personnes pour une affaire commune : ils sont les mandataires de la masse. Sans doute il existe entre les créanciers, dont la réunion forme la masse, une communauté d'intérêt ; mais ces créanciers ne sont unis par aucun contrat qui puisse donner naissance à un lien solidaire, pareil à celui qui unit des associés. Le hasard et la nécessité qui réunissent les créanciers sous la personnification de la masse, ne peuvent avoir pour résultat de leur faire perdre leur individualité, à la différence de ce qui a lieu en matière de société, où le contrat volontaire qui réunit les associés implique de leur part un abandon partiel de leurs droits individuels, et un consentement à répondre les uns pour les autres de tout ce qui a

(1) *Du contrat de commission*, t. II, p. 612.

rapport aux affaires sociales. En un mot, la société est une personne morale, indivisible, représentée totalement par chaque associé, tandis que la masse d'une faillite, qui se compose d'une réunion fortuite d'intérêts distincts, bien que constituant une personne morale, n'est pas représentée par chacun des créanciers qui ne représentent qu'eux-mêmes. L'action intentée contre la masse se divise donc entre les créanciers qui la composent (1).

2007. Il en est de même et par la même raison de celle qui serait intentée contre les créanciers de la faillite par un mandataire, par exemple, par un avoué que les syndics auraient chargé de représenter la masse. Cet avoué ou ce mandataire n'auraient d'action solidaire contre les créanciers qu'autant qu'il aurait agi en vertu d'une autorisation spéciale de leur part (2).

2008. De la distinction que nous venons d'établir entre la réunion des créanciers qui compose une masse considérée comme personne morale, et la réunion d'associés qui constitue une personne morale nommée société, dont la première est divisible, tandis que l'indivisibilité est le caractère dominant de la seconde, il résulte qu'à la différence des syndics, les liquidateurs d'une société en dissolution ont une action solidaire contre les associés pour le remboursement des avances qu'ils ont faites à la société, et pour le payement de leurs honoraires. Tous les associés sont réputés mandants des liquidateurs, et répondent par conséquent solidairement des dettes que la société a pu contracter envers ses représentants.

2009. Les règles qui précèdent sur la solidarité des mandants, s'appliquent-elles en matière de gestion d'affaire ? A cet égard, on ne peut mieux dire que MM. Delamarre et Lepoitvin (3) : s'il s'agit d'un *negotiorum gestor* proprement dit, c'est-à-dire de celui qui a géré l'affaire de plusieurs, il a géré sans mandat et conséquemment sans convention : il ne peut

(1) Cass., 23 mai 1837, S., 37, 1, 839; D., 37, 2, 275. *Contrà*, M. Boulay Paty, *Des faillites*, n. 331.

(2) Cass., 24 août 1843, S., 43, 1, 757.

(3) *Contrat de commission*, t. II, p. 612.

[redacted]

donc prétendre à aucune solidarité conventionnelle, ni à aucune solidarité légale. S'il s'agit, au contraire, d'un *negotiorum susceptor*, c'est-à-dire de celui qui fait une même affaire pour plusieurs, par exemple qui sans mandat achète pour plusieurs une partie de marchandises, il ne peut y avoir question que si son achat est ratifié; car s'il ne l'est pas, il reste pour son compte. Mais s'il y a ratification, tous ceux qui ratifient ensemble sont solidaires, parce qu'ils donnent un mandat rétroactif pour une chose commune; ceux, au contraire, qui ratifient séparément et dans leur intérêt seul, ne donnant qu'un mandat individuel et pour une chose qu'ils n'acceptent pas comme commune, ne sont engagés que jusqu'à concurrence de la part et portion pour laquelle ils acceptent l'achat fait en leur nom.

2010. Quelque ressemblance qu'il y ait à certains égards entre le dépôt et le mandat, les déposants ne sont pas soumis à la même solidarité que les mandants; il faudrait, pour qu'il en fût autrement, une disposition expresse qui ne se trouve pas dans le Code. A plus forte raison les dépositaires sont-ils affranchis de toute solidarité, sauf toutefois le cas où ils auraient commis un abus de confiance, en détournant ou en dissipant le dépôt. C'est alors le délit ou le quasi-délit dont ils se seraient rendus coupables qui les rendrait solidaires, et non les règles ordinaires sur la solidarité légale ou conventionnelle (1). Du reste, la solidarité conventionnelle peut avoir lieu en matière de dépôt, comme dans tous les autres contrats qui ont pour objet une chose à faire ou à donner. Il a même été jugé que la solidarité peut être prononcée contre plusieurs parties condamnées à la restitution d'une somme déposée entre leurs mains, lorsque ces parties ont défendu en nom collectif, et se sont, dans le cours du procès, regardées comme obligées solidairement (2) : on a vu, dans le mode de défense adopté par les dépositaires, l'aveu d'une stipulation antérieure sur la solidarité.

(1) Voy. *sup.*, n. 1906.
(2) Caen, 12 mars 1827, S., 8, 2, 345; D., 28, 2, 69.

2011. Entre époux, mariés sous le régime de la communauté, il y a solidarité pour toutes les dettes contractées par la femme, avec l'autorisation de son mari, et par conséquent pour toutes les dettes contractées à l'occasion de son commerce par la femme marchande publique (1). Au contraire, la femme commune n'est tenue des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de son émolument, à moins qu'elle ne se soit obligée personnellement (2).

2012. Nous avons déjà vu que les locataires sont solidairement responsables de l'incendie qui se manifeste dans les bâtiments loués (3); que ceux qui ont emprunté conjointement une chose à usage, en sont solidairement responsables envers le prêteur (4). Ces deux cas de solidarité ne demandent aucune explication particulière.

2013. Je termine par une observation relative aux dommages-intérêts. Quand les dommages-intérêts ont pour cause un fait constituant un délit ou un quasi-délit, une condamnation solidaire peut être prononcée, d'après les raisons qui ont déjà été expliquées (5). Si, au contraire, les dommages-intérêts n'ont d'autre cause que le retard dans l'exécution d'une obligation, la solidarité ne doit être prononcée que dans le cas où l'obligation principale serait solidaire : l'inexécution d'une obligation divisible ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts également divisibles comme l'obligation dont ils sont l'accessoire, ou de l'exécution de laquelle ils tiennent lieu.

Article 2. — Des effets de la solidarité entre les débiteurs.

SOMMAIRE. — 2014. Le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il lui convient de choisir, sans que celui-ci puisse demander ni discussion, ni division. — 2015. Le créancier peut avoir le droit de poursuivre les uns, avant d'avoir le droit de poursuivre les autres. — 2016. Effets de la faillite de l'un des codébiteurs ou coobligés, quant à la déchéance du terme. — 2017. Chaque débiteur a le droit de payer la

(1) C. civ., art. 220, 1419, 1426. Voy. *sup.*, t. II, n. 1130.
(2) C. civ., art. 1487. Voy. *sup*, t. II, n. 1301.
(3) C. civ., art. 1734.
(4) C. civ., art. 1887.
(5) Voy. *sup*, n. 1906.

totalité, sans que le créancier soit fondé à demander la division. — 2018. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres — 2019. Effets de la faillite de l'un ou de plusieurs des codébiteurs sur la faculté du créancier de les poursuivre tous ou séparément. — 2020. *Quid*, si l'un des codébiteurs est en faillite? — 2021. *Quid*, si tous les codébiteurs solidaires sont en faillite? Systèmes divers. — 2022. *Quid*, si deux ou plusieurs seulement sont en état de faillite? — 2022 *bis*. Simultanéité des faillites. — 2023. De la déconfiture. — 2024. *Quid*, si l'obligation solidaire est entrée dans un compte courant, sous condition d'encaissement? — 2025. De la perte de la chose solidairement due. — 2026. Les poursuites faites contre l'un des codébiteurs interrompent la prescription contre les autres. — 2027. La renonciation de l'un des codébiteurs à la prescription acquise ne peut être opposée aux autres. — 2028. Actes interruptifs de la prescription. — 2029. La suspension de la prescription à l'égard de l'un des codébiteurs n'a pas d'effet à l'égard des autres. — 2030. L'acte qui interrompt la péremption d'un jugement à l'égard de l'un des débiteurs, l'interrompt-il à l'égard des autres? — 2031. *Quid* de l'acquiescement et de la chose jugée? — 2031 *bis*. Distinction. — 2032. Application des règles sur la prescription, la péremption, l'acquiescement et la chose jugée, aux obligations transmissibles par voie d'ordre. Distinctions. — 2033. La demande d'intérêts contre l'un des débiteurs les fait courir à l'égard de tous. — 2034. Des exceptions qui peuvent être opposées par les codébiteurs solidaires à la demande du créancier. — 2035. Exceptions résultant de la nature de l'obligation. — 2036. Exceptions communes. — 2037. Exceptions personnelles. — 2038. Défaut de cause. — 2039. Violence, dol, erreur. — 2040. Compensation. — 2041. Confusion. — 2042. Novation. — 2043. Remise à la dette. — 2044. Concordat. — 2045. *Quid* en matière d'obligations à ordre? — 2045 *bis*. Prescription. — 2045 *ter*. Exception relative au cédant. — 2046. Remise de la solidarité; comment elle a lieu; ses effets. — 2047. Remise de la solidarité pour intérêts ou arrérages. — 2048. Droits des débiteurs solidaires les uns contre les autres. — 2049. L'obligation solidaire envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs. Recours de celui qui a payé contre ses codébiteurs. — 2050... Dans le cas de payement d'un des termes d'une dette qui se divise en plusieurs termes. — 2051... Dans le cas de payement partiel. — 2052. Le codébiteur qui a payé a droit au remboursement, non-seulement du capital, mais encore des intérêts. — 2053. Le débiteur, à qui a été faite une remise, a-t-il un recours contre ses codébiteurs. — 2054. Effets de l'insolvabilité de l'un des codébiteurs, dans le cas de remise de la solidarité. — 2055. Modifications apportées aux règles qui précèdent, en matière d'obligations à ordre. — 2056... En cas de remise de la dette. — 2057... En cas de renonciation à la solidarité. — 2058. Interdiction du recours des coobligés les uns contre les autres en cas de faillite. — 2059. Recours des coobligés faillis qui ont payé contre ceux qui n'ont pas payé. Distinctions. — 2060. Du recours quand la réunion des dividendes des faillites donne de l'excédant. — 2061. Partage de cet excédant. — 2062... En matière d'obligations à ordre. Distinctions. — 2063. Transition au chapitre suivant.

2014. L'effet le plus remarquable de la solidarité est le droit qu'elle confère au créancier d'une obligation contractée solidairement, de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division (1), c'est-à-dire sans que le débiteur contre lequel la demande est formée puisse demander que la condamnation à laquelle il est exposé soit restreinte à sa part dans la dette commune, et que le créancier soit obligé de se pourvoir pour le surplus contre les codébiteurs. En droit romain, la novelle 99 accordait le bénéfice de division aux codébiteurs qui s'étaient rendus caution l'un de l'autre, *alternâ fidejussione obligatis;* mais ce bénéfice ne leur a jamais été accordé par le droit français (2). Et même dans les contrées régies par le droit romain pur, le bénéfice de division n'avait pas lieu entre commerçants obligés solidairement : à leur égard, la novelle n'était pas suivie en ce point (3).

2015. Il peut même arriver que le créancier ait le droit de poursuivre les uns avant de pouvoir s'adresser aux autres : c'est ce qui a lieu lorsque des codébiteurs jouissent du bénéfice d'un terme, tandis que les autres en sont privés. Dans ce cas, l'action peut être intentée contre le débiteur à l'égard duquel la créance est échue, sans que celui-ci puisse se prévaloir du terme établi en faveur de ses codébiteurs.

2016. Cela a lieu notamment lorsque la faillite de l'un des débiteurs le fait déchoir du bénéfice du terme (4). La dette solidaire devient exigible à l'égard du failli seulement, et les autres ne sont pas privés du bénéfice du terme conventionnel. Cependant, en cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres coobligés sont tenus de donner caution pour le payement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. Telle est la disposition de l'article 444 du Code de commerce, modifié par la loi du 8 juin

(1) C. civ., art. 1203.
(2) Pothier, *Des oblig.*, n. 270.
(3) Vinnius, *Inst. de fidejussoribus*, § 4 ; Ansaldus, *Disc. gén.*, n. 86 ; Casaregis, *Disc.* 68, n. 14.
(4) Voy. *sup.*, n. 1868. — Cass., 5 août 1858, S., 60, 1, 138.

1838. L'ancien article 448 du Code de commerce était sur ce point beaucoup plus rigoureux : la faillite d'un simple endosseur suffisait pour rendre l'effet exigible et la caution nécessaire; et cette caution était due, sans distinction, par les endosseurs antérieurs ou postérieurs au failli (1).

2017. Au surplus, de même que le créancier a le droit de s'adresser à celui des débiteurs solidaires qu'il lui convient de choisir, sans que celui-ci puisse opposer le bénéfice de division, de même aussi chaque débiteur a le droit de payer la totalité de la dette, sans que le créancier puisse exiger la division. Par l'effet de la solidarité, chaque débiteur doit la totalité de la dette et n'est libéré que lorsqu'elle a été intégralement payée (2). Chaque débiteur est donc en droit de payer intégralement pour pouvoir se libérer (3).

2018. Nous avons vu plus haut, en traitant de la solidarité entre les créanciers, que le débiteur a le choix de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux (4); et nous avons expliqué comment c'est là une fâcheuse réminiscence de la jurisprudence romaine et des effets particuliers qu'elle attachait à la *litis-contestatio* et à la novation qui en était la conséquence. La *litis-contestatio* avait un résultat analogue relativement aux débiteurs solidaires : elle opérait une novation par l'effet de laquelle l'obligation solidaire était dissoute et disparaissait pour faire place à une nouvelle obligation qui ne liait que le débiteur poursuivi (5). Ce système, qui avait été changé par la loi 28 au Code *De fidejussoribus*, a été également abandonné avec raison par l'article 1204 du Code civil, aux termes duquel les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. Nul n'est censé renoncer à son droit, et le choix fait d'un débiteur pour le poursuivre de préférence à ses coobligés n'implique pas l'abandon du droit d'exercer des pour-

(1) Nîmes, 31 janv. 1825, S., 8, 2, 18; D., 25, 2, 168.
(2) C. civ., art. 1211 et 1212.
(3) Cass., 15 mars 1827, S., 8, 1, 550.
(4) Voy. *sup.*, n. 1922; C. civ., art. 1198.
(5) Gaius, *Comm.*, 3; *Inst.*, liv. III, tit. XXV.

suites contre les autres, soit pour le tout si les premières poursuites ont été infructueuses, soit pour le reliquat si le créancier n'a obtenu qu'une partie de la dette, du débiteur auquel il s'est d'abord adressé.

2019. Le droit du créancier de poursuivre successivement plusieurs codébiteurs solidaires n'est même pas modifié par la faillite de ces codébiteurs ou de l'un deux. Toutefois, il y a, à cet égard, des règles diverses, selon que tous les codébiteurs sont en faillite, ou que l'un d'eux seulement se trouve dans cet état exceptionnel.

2020. Lorsque l'un des codébiteurs est en faillite, le créancier qui a figuré dans la masse, et qui, par l'effet du concordat, a vu sa créance réduite de tant pour cent, n'en conserve pas moins son action pour la totalité de sa créance contre les coobligés du failli (1) : c'est-à-dire que la réduction ne profite qu'au failli ; que ses codébiteurs ne peuvent l'opposer au créancier, et qu'ils continuent d'être obligés jusqu'à concurrence de la valeur nominale du titre, sous la déduction toutefois des dividendes que le créancier aurait reçus du débiteur failli. La raison de cette règle est que la division de la dette par l'effet du concordat étant forcée, les codébiteurs du failli ne peuvent s'en prévaloir comme ils pourraient se prévaloir d'une division volontaire qui, ainsi que nous le verrons bientôt, ne laisserait subsister contre eux d'action solidaire que sous la déduction de la part du débiteur que le créancier aurait déchargé de la solidarité (2).

Par la même raison, les codébiteurs du failli qui aurait payé la totalité des dividendes stipulés par le concordat en représentation de la créance réduite, et qui se serait ainsi complétement libéré (3), ne seraient pas fondés à se prévaloir de cette libération pour soutenir que la créance est éteinte et que le créancier n'a plus aucune action contre eux. La libération ne résulte du concordat que relativement au failli ; c'est une sorte de fiction qui ne peut être étendue au

(1) C. com., art. 544.
(2) Voy. *inf.*, n. 2046 ; C. civ., art. 1210.
(3) Voy. *inf.*, n. 2044.

delà de ses termes, et dont ne peuvent dès lors profiter les codébiteurs du failli, qui, régis par la loi commune, continuent à être obligés solidairement au payement de la créance totale, sous la simple déduction des dividendes payés par le failli, dividendes qui, relativement à eux, ne sont que de à-compte.

2021. Il y a plus : lorsque tous les codébiteurs solidaires sont en état de faillite, il n'y a même pas lieu de faire dans une faillite la déduction des dividendes payés dans l'autre. Aux termes de l'art. 542 du Code de commerce, le créancier porteur d'engagements souscrits endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, a le droit de participer aux distributions dans toutes les masses et d'y figurer pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement. Ainsi celui qui a trois débiteurs solidaires en état de faillite, et qui a reçu dans la faillite du premier 50 p. 100 du montant total de sa créance, peut figurer dans la masse de la faillite du second pour la totalité de cette même créance, bien que déjà elle ait été à moitié éteinte, et y recevoir un dividende calculé sur ce total. Si ce dividende complète le payement, par exemple, s'il est encore de 50 p. 100, le créancier n'a plus rien à demander à personne ; s'il dépasse le chiffre de la dette, par exemple, s'il est de 75 p. 100, le créancier n'a droit qu'à 50 ; mais s'il laisse le créancier à découvert, par exemple, s'il n'est que de 30 p. 100, le créancier a encore le droit de se présenter dans la faillite du troisième débiteur, et d'y obtenir les 20 p. 100 de la créance totale, qui lui manquent.

Cette disposition, bien que conforme aux principes et aux règles de la solidarité et que justifient d'ailleurs les nécessités du crédit commercial, n'a cependant pas été admise sans difficulté dans notre droit.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, qui n'avait pas prévu la question, les opinions étaient partagées.

Savary s'était demandé, si en cas de banqueroute ou de faillite de tous les obligés à une lettre de change, le porteur pouvait entrer dans tous les concordats que chaque coobligé fait

avec ses créanciers, ou s'il ne devait entrer que dans le concordat d'un seul, soit du tireur, soit de l'accepteur, soit de celui qui avait passé l'ordre à son profit. Et il décidait qu'il n'avait d'autre droit que de choisir, entre les trois débiteurs, celui auquel il préférait s'adresser : cette option, suivant Savary, épuisait le droit du créancier, parce qu'en figurant dans le concordat de l'un des coobligés, il le reconnaissait pour son seul et unique débiteur (1). Tel était selon lui l'usage du commerce, usage qui d'ailleurs ne s'était pas établi sans réclamation, et duquel Savary ne donne pas, il me semble, la véritable raison en disant que l'option du créancier épuise son droit, car il est au contraire de l'essence des obligations solidaires que le droit du créancier ne s'épuise pas par les poursuites qu'il dirige contre l'un des coobligés; et l'on ne voit pas pourquoi la faillite des divers coobligés modifierait ce droit dans son essence. La raison juridique de cet usage, c'est que, d'après les principes reçus en matière de faillite, le tant pour cent auquel un concordat réduit une créance, représente la totalité de la créance, de telle sorte que le créancier qui le reçoit, étant réputé complétement payé, semble n'avoir plus rien à demander aux autres codébiteurs. La question était donc de savoir si la fiction légale qui attribue au concordat un effet libératoire devait l'emporter sur la réalité, et si on devait limiter les effets du concordat à ce qui se passe entre le créancier et le débiteur failli, en laissant les rapports du créancier avec les autres codébiteurs sous l'empire du droit commun.

C'est en ce dernier sens que s'était prononcé Dupuy de la Serra (2); selon lui, en cas de faillite de tous les coobligés à une lettre de change, le porteur, qui avait une action solidaire contre tous, avait le droit de se présenter dans toutes les masses, sans pouvoir être obligé d'opter entre les divers coobligés faillis; mais il voulait que le porteur qui était entré dans le concordat de l'une des faillites ne pût figurer dans les autres faillites que successivement pour ce qui lui restait dû;

(1) Parère 13.
(2) *Art des lettres de change*, ch. XVI.

de telle sorte que celui qui avait reçu 25. p. 100 dans une faillite ne pouvait figurer dans une autre que comme créancier pour 75, et ainsi de suite.

Ce système, qui fut embrassé par Boutaric (1), par Jousse (2), par Pothier (3), et consacré, en partie du moins, par un arrêt du parlement de Paris du 18 mai 1706, faisait prévaloir en principe les règles de la solidarité; mais il en restreignait l'application en ne permettant au porteur de se présenter dans plusieurs faillites successives que sous la déduction de ce qu'il avait reçu dans une faillite antérieure. Or, cette restriction, qui avait en sa faveur une apparence d'équité, allait précisément contre le but que l'on se proposait en admettant le créancier dans toutes les masses, qui était de lui assurer tous les avantages de la solidarité, et un payement aussi complet que possible. Il en résultait, en effet, que le créancier, dont les débiteurs solidaires étaient en faillite avait toujours en définitive une perte à supporter, puisque ne pouvant se présenter dans une faillite que sous la déduction des dividendes qu'il avait reçus dans les autres, la dernière faillite lui payait, non le reliquat, de sa créance, mais seulement un dividende de ce reliquat. Cette restriction était d'ailleurs en opposition avec les principes de la solidarité, qui veulent que le créancier ne puisse être contraint de diviser la dette entre les codébiteurs, et qu'il ait au contraire le droit de demander à tous la totalité. Qu'après une division volontaire, le créancier ne puisse agir contre les autres débiteurs que sous la déduction de ce qu'il a reçu, on le comprend; mais la division forcée qui résulte d'un concordat ou de payements partiels effectués sous forme de dividende dans une distribution par contribution ne peut être opposée au créancier qui agit contre plusieurs débiteurs faillis, parce que tous les faillis étant débiteurs de la totalité, c'est la totalité de la dette, et non la dette réduite qui doit figurer à leur passif et dans leur concordat (4).

(1) Sur l'art. 12, tit. V de l'ord. de 1673.

(2) Sur l'art. 33, *ibid.*

(3) *Du contrat de change*, n. 159.

(4) V. MM. Bravard et Demangeat, t. V, p. 595; et M. Demolombe, t. III, n. 331 et suiv.

Aussi le commerce, préoccupé des nécessités du crédit et des dangers auxquels l'exposait un système qui limitait le recours du porteur contré ses débiteurs faillis, réclama-t-il vivement contre l'usage qui s'était introduit à la suite de la doctrine et de la jurisprudence. La question fut donc de nouveau vivement agitée entre des commerçants et des jurisconsultes; et de cette discussion, dont on retrouve les traces dans le recueil de Nicodème (1), il résulta que la faillite des divers coobligés ne pouvait paralyser les effets de la solidarité, et que le porteur d'une lettre de change, dont les divers signataires étaient en état de faillite, avait le droit de figurer successivement dans toutes les masses, sans déduction des dividendes qu'il avait perçus, et jusqu'à parfait payement.

Entraîné par ce revirement dans la pratique, le parlement de Paris revint sur son ancienne jurisprudence, et par arrêt du 18 juin 1776, il décida que le porteur d'engagements solidaires avait le droit de figurer dans toutes les faillites des coobligés pour la valeur intégrale de son titre jusqu'à parfait payement.

Par une coïncidence singulière, le parlement d'Aix rendait le même jour, 18 juin 1776, sur la plaidoierie d'Émérigon, qui nous en a conservé le souvenir (2), un arrêt en sens contraire, jugeant que le porteur qui était entré dans le concordat de l'un des coobligés ne pouvait entrer dans les autres que successivement et pour ce qui lui restait dû. Mais sur le pourvoi du porteur, cet arrêt fut cassé par un arrêt du conseil du 24 février 1778, qui fut lui-même confirmé par un second arrêt du 23 octobre 1781, portant rejet de la requête en opposition dirigée contre le premier.

C'est cette jurisprudence qui a été sagement maintenue par le Code de commerce.

2022. Remarquons que si deux ou plusieurs seulement des coobligés sont en faillite, tandis que les autres jouissent de l'intégralité de leurs droits, la position des coobligés faillis à

(1) *Exercices des commerçants*, parère 6, p. 358 et suiv.

(2) *Des contrats à la grosse*, ch. x, sect. III.

l'égard des créanciers se règle comme si tous étaient en faillite (1), et la position de ceux qui sont *integri status*, comme si l'un des coobligés seulement était en état de faillite (2) : c'est-à-dire que vis-à-vis de tous ceux qui sont en faillite le créancier a le droit de produire pour la valeur nominale de son titre, sans aucune déduction, tandis que vis-à-vis de tous ceux qui ne sont pas en faillite, il devra supporter la déduction de l'à-compte qu'il aura reçu, parce que vis-à-vis de ceux qui ne sont pas en faillite, il a droit non à un simple dividende, calculé sur la valeur nominale de son titre, mais à l'intégralité de ce qui lui reste dû.

Toutefois il n'en est ainsi qu'autant qu'il s'agit d'à-compte payés depuis la faillite qui a donné le droit au créancier de se présenter dans toutes les masses pour la valeur totale de son titre. Aux termes de l'article 444 du Code commerce, si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autre coobligés a reçu avant la faillite un à-compte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, et conservera pour ce qui lui sera dû ses droits contre le coobligé ou la caution. Au jour où la faillite est déclarée, il n'est plus créancier que de ce qui lui reste dû : il ne l'est plus de ce qui lui a déjà été payé (3).

2022 *bis*. On s'est demandé si l'article 542 du Code de commerce est applicable au cas où les faillites des codébiteurs solidaires ne sont pas simultanées, c'est-à-dire au cas où les unes n'ont été déclarées qu'après que les autres étaient liquidées : en d'autres termes, si celui qui, dans la faillite de l'un de ses débiteurs, a reçu un dividende de 50 pour 100, qui ne le laisse créancier que de la moitié de ce qui lui était dû, peut, après la liquidation et le règlement de cette faillite, produire pour la totalité de sa créance primitive dans la faillite ultérieurement déclarée d'un autre de ses codébiteurs, ou s'il ne peut produire que pour la moitié qui lui reste due.

(1) Cass., 24 juin 1851, S., 51, 1, 561; Rouen, 27 avril 1861, S., 62, 2, 121; M. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 600; M. Demolombe, t. III, n. 338.

(2) Voy. *sup.*, n. 2020.

(3) Rouen, 27 avril 1861, *ubi sup.*, Paris, 18 janv. 1862, S., 62, 2, 397.

Il me semble, bien que l'opinion contraire ait pour elle de graves autorités (1), que, quelle que soit l'époque à laquelle les faillites des codébiteurs ont été déclarées, les dividendes reçus dans une des faillites ne sont pas de nature à faire obstacle à ce que le créancier se présente dans les autres pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement, et que la simultanéité des faillites ne saurait être une condition de l'exercice de ce droit. Autrement, comme le dit très-bien M. Larombière (2), on retomberait dans les inconvénients du payement imparfait auquel l'article 542 a eu pour but d'obvier. Si celui qui a reçu 50 pour 100 dans une faillite antérieure, ne pouvait plus se présenter que pour ce qui lui reste dû dans une faillite postérieure où il ne toucherait encore que 50 pour 100 de ce reliquat, il ne se trouverait payé en définitive que de 75 pour 100, contrairement aux règles sur la solidarité qui obligent tous les codébiteurs à la totalité de la dette jusqu'à parfait payement.

On objecte l'article 544 du Code de commerce, aux termes duquel le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés, qui a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance, ne doit être compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, pour en conclure que tout ce qui a été payé antérieurement à la faillite dans laquelle se présente le créancier doit être déduit de sa créance.

Mais c'est là détourner l'article 544 de son vrai sens. « L'article 544, dit M. Duranton (3), suppose que le payement partiel a été fait en dehors de toute faillite ; il suppose même qu'il l'a été par un coobligé ou une caution, puisqu'il les admet à figurer dans la masse du failli pour tout ce qu'ils ont payé à sa décharge. L'entendre autrement serait se mettre en contradiction avec l'article 542. Ce dernier article ne suppose pas, en effet, que les faillites des divers coobligés solidairement éclatent toutes en même temps, et que leur liquidation marche du même pas; cela est même impossible, pour

(1) M. Demolombe, t. III, n. 335 et suiv.
(2) T. II, sur l'art. 1204, n. 5.
(3) T. XI, n. 220.

ainsi dire; car il ne s'agit point d'une seule faillite d'associés en nom collectif. Il statue, au contraire, dans la supposition qu'il y aura eu liquidation d'une première faillite, distribution de deniers ou concordat avec le failli; et il autorise le créancier à se présenter dans la seconde, dans la troisième faillite, avec son titre pour sa valeur nominale jusqu'à parfait payement. Ainsi, ces mots de l'article 544, *a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance,* doivent être entendus d'un à-compte reçu en dehors d'une distribution de deniers faite dans une autre faillite ouverte avant ou après celle dont il s'agit, ou par suite d'un concordat. »

C'est à cette conclusion que je crois devoir m'arrêter, parce que c'est la seule qui se trouve d'accord avec les principes sur la solidarité qui veulent que les coobligés soient toujours tenus, quand il reste dû quelque chose, et les effets du payement sous forme de dividende, qui, si le dividende n'était calculé que sur ce qui reste dû après le payement d'un premier dividende, ne pourrait jamais constituer un payement intégral.

Le texte de l'article 542 du Code de commerce n'a rien de contraire à cette conclusion. Si, dans sa disposition, il parle au présent, cette formule n'implique pas nécessairement la simultanéité des faillites, car on peut dire que tous les codébiteurs sont en faillite, bien que les faillites n'aient pas été simultanées; et d'un autre côté, on ne trouve rien de contraire à ce sentiment dans les opinions émises par les anciens auteurs, qui, comme on l'a vu plus haut, ne s'étaient pas fait une idée bien nette de la question, et qui, d'ailleurs, ne se sont pas prononcés sur le point spécial qui nous occupe.

2023. On s'est demandé si l'article 542 du Code de commerce était applicable en matière de déconfiture. J'incline à le penser. L'article 542 ne fait que formuler une application des principes sur la solidarité et les effets du payement par dividende, qui sont les mêmes en matière civile et en matière commerciale. Les conséquences de ces principes ne tiennent pas à l'organisation spéciale des faillites; elles en sont indépendantes et par conséquent elles trouvent leur place dans

la déconfiture qui n'est autre chose qu'une faillite civile; bien que sa liquidation ne soit soumise à aucune forme et à aucune organisation particulières (1).

2024. Le porteur par endossement d'effets de commerce, restés impayés par suite de la faillite des coobligés, qui, aux termes de l'article 542 du Code de commerce, a le droit d'être admis pour la valeur nominale de son titre dans chacune des faillites, jusqu'à parfait payement, conserve ce droit vis-à-vis de la faillite de l'endosseur, encore bien qu'il s'agisse d'effets remis en compte courant, n'entrant dans ce compte que sous la condition d'encaissement et quoique, par suite du défaut d'encaissement de ces effets, ils aient passé, dans le compte courant, du crédit du remettant à son débit (2). En d'autres termes, de ce que des effets de commerce remis en compte courant, n'entrent dans le compte courant que sous la condition d'encaissement, il n'en résulte pas que si, à défaut d'encaissement, ils sortent du compte courant, ou ce qui revient au même, si l'article du crédit qu'ils comportaient se trouve effacé par leur contre-passation au débit du remettant, celui à qui ils ont été remis, et qui en est devenu propriétaire en vertu d'un endossement régulier, cesse d'avoir comme porteur les droits attachés à cette qualité, et spécialement qu'il ne puisse user, en cas de faillite des coobligés et du remettant qui est lui-même un des coobligés, du droit que l'article 542 du Code de commerce, confère à tout porteur de produire dans toutes les masses pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement. Il faut en effet distinguer entre les conséquences de l'entrée d'une lettre de change dans le compte courant existant entre le remettant et celui à qui elle est remise, et les conséquences de l'endossement qui en est fait par le remettant au profit de ce dernier. Sans doute, c'est un point aujourd'hui constant, ainsi que nous le verrons plus tard (3),

(1) V. l'exposé des motifs du Code de commerce par M. Tarrible, dans Locré, t. XIX, p. 593 ; et M. Larombière, t. II, sur l'art. 1204, n. 5 et suiv. — Mais voy. en sens contraire, M. Demolombe, t. III, n. 339 et suiv.

(2) Cass., 5 fév. 1861, S., 61, 1, 491.

(3) Voy. *inf.*, ch. v, sect. IV.

que l'entrée d'un effet en compte courant ne crée irrévocablement un article de crédit pour celui qui l'a remis, qu'en cas de payement à l'échéance, ou, en d'autres termes que cet article de crédit est soumis à la condition d'encaissement. Mais de ce que l'effet non encaissé sort du compte courant, au moyen de l'annulation de l'article de crédit auquel il avait provisoirement donné lieu, il ne s'ensuit pas que celui à qui cet effet a été remis par un endossement régulier, et qui en est ainsi devenu propriétaire, perde les droits attachés à cette qualité, et qu'après en avoir fourni la valeur, il cesse de pouvoir poursuivre le payement de l'effet par toutes les voies ouvertes aux porteurs de lettres de change ou billets à ordre impayés. Or parmi ces voies se trouve le droit accordé par l'article 542 du Code de commerce aux porteurs d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli ou d'autres coobligés qui sont aussi en faillite, de participer aux distributions dans toutes les masses et d'y figurer pour la valeur nominale de leur titre jusqu'à parfait payement. Et il y aurait quelque chose de contradictoire à refuser aux porteurs d'effets de commerce non payés le droit d'user du bénéfice de cet article, précisément parce que à raison de leur non-payement, ces effets sont sortis du compte courant dans lequel ils étaient provisoirement entrés. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait aller jusqu'à prétendre que le non-encaissement de l'effet a eu pour résultat non-seulement de faire sortir l'effet du compte courant, et d'annuler l'article du crédit auquel il avait donné lieu, mais encore de résoudre de plein droit *et ipso facto* le contrat de cession par endossement, et de mettre fin aux droits de propriété du porteur pour les transmettre par une sorte de rétrocession à l'endosseur en faillite. Or on ne trouve nulle part la base juridique de cette résolution qui s'opérerait contre la volonté et contre l'intérêt de celui qui seul aurait le droit de la demander, et qui ayant fourni la valeur de l'effet en est devenu définitivement propriétaire.

2025. La faillite des codébiteurs met en péril les droits des créanciers, quelle que soit la chose due. Ces droits peuvent encore être compromis par la perte de la chose, quand la

chose due est un corps certain. Dans ce cas, si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres débiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose : la solidarité les rend en quelque sorte responsables de leurs codébiteurs. Mais ceux qui n'ont commis aucune faute ne sont point tenus des dommages-intérêts. Le créancier ne peut que les répéter tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure (1). En effet, si la faute d'un coobligé ne peut éteindre les obligations des autres, elle ne peut ni les étendre ni les augmenter.

2026. Revenons à l'examen des conséquences du droit qui appartient au créancier d'exercer des poursuites contre tous et chacun des codébiteurs solidaires.

Nous avons vu que les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en pouvoir exercer de pareilles contre les autres (2). Il y a plus : les poursuites exercées contre l'un des débiteurs peuvent être en certains cas la condition des poursuites qui seraient ultérieurement dirigées contre les autres : c'est ainsi que les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (3); et que la demande d'intérêts formée contre l'un d'eux fait également courir les intérêts à l'égard des autres (4).

La raison de cette disposition est, en ce qui touche l'interruption de la prescription, dans la nature et dans l'unité de l'obligation solidaire (5) et dans le mandat, que les coobligés sont présumés s'être respectivement donné, ce qui fait que les actes d'exécution sont réputés dirigés contre tous, bien qu'ils ne soient nommément dirigés que contre un seul (6).

(1) C. civ., art. 1205.
(2) Voy. *sup.*, n. 2014.
(3) C. civ., art. 1206.
(4) C. civ., art. 1207.
(5) *Sunt enim duo correi unâ obligatione constricti.* D'Argentrée sur Bretagne, art. 266, n. 3.
(6) Pothier, *Des oblig.*, n. 272; Toullier, t. VI, n. 729; Duranton, t. XI, n. 216.

2027. Il suit de là, par contre, que lorsque la dette solidaire est éteinte contre tous les débiteurs par la prescription qui s'est accomplie à leur profit, l'acte par lequel l'un d'eux renoncerait à la prescription acquise, ne pourrait être opposé à ses codébiteurs auxquels il n'est plus uni par un lien solidaire que l'acquisition de la prescription a rompu (1).

2028. Du reste, il est à remarquer que la prescription est interrompue contre tous, non-seulement par des poursuites proprement dites dirigées contre un des débiteurs, mais encore, aux termes de l'article 2279 du Code civil, par tous les actes qui ont pour effet d'interrompre la prescription, c'est-à-dire par les actes qui constituent, soit une interpellation adressée à l'un des débiteurs, soit une reconnaissance de sa part.

2029. Mais il faut remarquer aussi qu'il n'en est pas de la suspension de la prescription, comme de son interruption (2). La suspension de la prescription étant le résultat d'une circonstance personnelle au débiteur relativement auquel elle a lieu, le créancier ne peut s'en prévaloir contre les autres. Ici s'applique ce que nous avons déjà dit de la suspension qui a lieu au profit de l'un des créanciers solidaires (3).

2030. On s'est demandé dans une matière fort analogue à la prescription si, lorsqu'un jugement par défaut a été rendu contre plusieurs codébiteurs solidaires, l'exécution, dans les six mois, du jugement à l'égard de l'un d'eux, empêche la péremption à l'égard des autres (4). La réponse à cette question a divisé les auteurs et la jurisprudence. Les uns, assimilant complétement la péremption d'un jugement par défaut à la prescription, veulent que l'exécution du jugement contre l'un des débiteurs condamnés solidairement empêche la péremption à l'égard de tous; les autres ne voient dans cette exécution, qu'un moyen de conservation des droits du créancier contre celui des débiteurs auquel s'adressent personnellement

(1) Dunod, *Des prescriptions*, p. 110.
(2) Cass., 23 fév. 1832, S., 32, 1, 537.
(3) Voy. *sup.*, n. 1932.
(4) C. proc., art. 156.

les actes d'exécution parce que, disent-ils, ces actes d'exécution, en sauvant le jugement de la péremption, ont pour objet de donner un titre au créancier, et que ce titre ne peut être opposé qu'aux parties, à l'égard desquelles ont été accomplies les conditions auxquelles l'existence de ce titre est attachée (1). Ces deux opinons contraires m'avaient paru jusqu'ici beaucoup trop absolues dans leur généralité, et j'avais pensé qu'il fallait distinguer entre le cas où la solidarité des parties condamnées par défaut résulte d'une convention ou d'un titre antérieur au jugement, et celui où le principe de la solidarité réside dans le jugement même; que, dans le premier cas, l'exécution du jugement par défaut contre l'une des parties empêchait la péremption à l'égard des autres, parce que la solidarité existant entre elles toutes avant le jugement, et indépendamment de la condamnation qu'il prononce, n'était pas en question, et qu'elle devait dès lors produire tous les effets qui sont dans sa nature; mais que dans le second cas, c'est-à-dire quand le principe de la solidarité se trouve dans le jugement même qui prononce une condamnation solidaire, le jugement par défaut n'étant un titre contre les parties qui n'y ont été représentées que sous la condition qu'il sera exécuté dans les six mois, le titre s'évanouit si cette condition n'est pas remplie, et que par conséquent le jugement ne devient un titre, ou, en d'autres termes, n'établit la solidarité que contre les parties à l'égard desquelles la condition est remplie.

Mais après mûre réflexion cette distinction ne me paraît pas fondée. En matière de solidarité, comme en toute autre matière, les jugements ne sont que déclaratifs des droits; ils n'en sont pas constitutifs. La solidarité existe donc toujours avant le jugement qui la prononce : d'où il faut conclure que la péremption n'étant autre chose qu'une sorte de prescription, son interruption à l'égard de l'un des débiteurs solidaires réagit nécessairement et toujours contre ses codébiteurs (2).

(1) Voy. le résumé de doctrine et de jurisprudence qui se trouve dans le Recueil de M. Devilleneuve, 40, 1, 491, et 41, 1, 417.

(2) V. M. Demolombe, t. III, n. 362 et suiv.

2031. On doit décider de même pour l'acquiescement, qui étant une reconnaissance de la dette interruptive de la prescription est opposable aux codébiteurs solidaires de celui qui a acquiescé (1).

2031 *bis*. Enfin le jugement rendu entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires sur un moyen commun à tous les codébiteurs, a l'autorité de la chose jugée contre les autres, soit que le débiteur qui était seul en cause ait gagné le procès, soit qu'il l'ait perdu, parce que chacun des codébiteurs solidaires étant le représentant des autres vis-à-vis du créancier, le créancier qui agit contre l'un d'eux est réputé agir contre tous (2).

2032. On s'est encore demandé si la règle qui étend à tous les débiteurs solidaires, soit les effets de l'acte interruptif de la prescription ou de la péremption, soit les effets de l'acquiescement et ceux de la chose jugée, reçoit application quand la solidarité résulte d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou de toute autre obligation transmissible par voie d'ordre.

Il faut tout d'abord remarquer que s'il s'agit de la solidarité de ceux qui ont conjointement souscrit ou conjointement endossé une lettre de change ou un billet à ordre, cette solidarité, qui est la solidarité ordinaire et proprement dite (3), entraîne contre les coobligés toutes les conséquences qui sont dans la nature des obligations solidaires : cela ne peut pas faire question.

Si au contraire il s'agit de la solidarité qui existe entre le souscripteur, le tireur et les endosseurs successifs, la question, quoique facile à résoudre, selon moi, a cependant fait difficulté.

Elle s'est présentée pour la première fois, si je ne me trompe, devant la Cour de Toulouse, le 23 février 1827 (4), et elle y fut négativement résolue. Dans l'espèce de cet arrêt, le porteur de la lettre de change avait dirigé des poursuites et obtenu un

(1) V. M. Demolombe, *ibid.*, n. 361.

(2) V. M. Demolombe, *ibid.*, n. 374; M. Larombière, t. II, art. 1208, n. 19. — V. cependant MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 488.

(3) Voy. *sup.*, n. 1992.

(4) S., 8, 2, 388.

jugement contre A..., l'un des coobligés, dans le délai de cinq ans auquel l'article 189 de Code du commerce limite la durée des actions relatives aux lettres de change et aux billets à ordre ; puis ensuite, après l'expiration de ce délai de cinq ans, il avait dirigé de nouvelles poursuites contre O..., autre coobligé qui était resté étranger au jugement obtenu contre A.... — O... ayant opposé la prescription de cinq ans, le porteur répliqua que les poursuites dirigées contre A... avaient interrompu la prescription contre O..., son coobligé solidaire, conformément à l'art. 1206 du Code civil. Mais la Cour royale de Toulouse admit l'exception de prescription : « Attendu que l'article 1206 du Code civil invoqué par le porteur ne peut lui être d'aucune utilité, parce que la prescription dont il y est question, et qui est interrompue à l'égard de tous par des poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires, doit s'entendre de celle qui convient à la nature de l'obligation commune qui lie les débiteurs, et que, dans l'espèce, il y a eu novation du titre primitif du porteur à l'égard de A..., par l'effet du jugement de condamnation rendu contre ce dernier, tandis qu'il n'y en a pas eu à l'égard de O..., celui-ci n'étant sujet qu'à l'action résultant de la lettre de change qu'il a endossée, et qui est sujette à la prescription de cinq ans, et qu'ainsi il n'existe plus ni lien commun, ni solidarité entre A... et O... »

Presque aussitôt que rendu, cet arrêt fut critiqué par un homme fort expert en matière commerciale, par M. Horson(1). Ce jurisconsulte déclare d'abord ne pas saisir le sens de cette phrase, par laquelle la Cour de Toulouse entendait repousser l'application de l'art. 1206 du Code civil : « La prescription dont il est question en cet article doit s'entendre « de celle qui convient à la nature de l'obligation commune « qui lie les débiteurs. » Puis il ajoute que tous les obligés à un effet de commerce sont solidaires ; que leur obligation se prescrit par cinq ans ; que toute prescription étant basée sur une présomption de payement, le législateur a pensé que la manifestation de la part du créancier de l'intention de

(1) *Questions*, t. II, p. 197.

se faire payer par l'un des débiteurs, détruisait cette présomption à l'égard de tous; qu'aux termes de l'art. 2244 une citation en justice suffisait pour interrompre la prescription ; qu'à plus forte raison cette prescription était-elle interrompue par un jugement ; et que tout ce qui résultait de l'obtention de ce jugement, c'est que son exécution pouvait être poursuivie pendant trente ans contre le débiteur condamné, mais que cela n'empêchait pas que la prescription de cinq ans n'eût été interrompue à l'égard de ses codébiteurs, et qu'elle ne prît son point de départ, non au jour de l'échéance de l'effet, mais au jour du dernier acte de poursuite fait contre le débiteur condamné. D'où M. Horson concluait que la Cour de Toulouse avait violé l'article 1206 du Code civil.

Le sentiment de M. Horson a été partagé par M. Eugène Persil (1), qui ne comprend pas non plus le premier motif donné par la Cour de Toulouse pour repousser l'application de l'article 1206, et qui voit dans cet article un principe général qu'il faut appliquer à toutes les prescriptions, à moins qu'il n'y soit fait expressément exception.

M. Vazeille (2) est, à ma connaissance, le seul auteur qui ait défendu le système de la Cour de Toulouse. Mais à mon tour, j'ai le regret d'être obligé d'avouer que je ne comprends pas les raisons de ce jurisconsulte. Il s'attache, autant que je puis croire, au motif par lequel la Cour de Toulouse voit dans le jugement obtenu contre un des débiteurs de l'effet, un titre nouveau opérant une novation qui ne peut être opposée aux autres débiteurs, pour en conclure sans doute que ces débiteurs, qui ne sont liés que par l'engagement primitif, ne peuvent être poursuivis que dans les délais qui ont commencé à courir à partir de cet engagement.

Hâtons-nous de dire que le motif puisé dans la novation qui se serait opérée par l'effet du jugement de condamnation à l'égard de l'un des débiteurs d'une lettre de change, est tout à fait inconcluant. De ce que le jugement peut être exécuté pendant trente ans contre le débiteur condamné, il n'est pas

(1) *De la lettre de change*, p. 497.
(2) *De la prescription*, t. II, p. 629.

permis de conclure que ce jugement ne saurait être interruptif de la prescription de cinq ans à l'égard des autres codébiteurs. Tout ce qu'on peut induire de là, c'est que la prescription est de trente ans pour le condamné, tandis qu'elle continue pour les autres débiteurs d'être de cinq ans à partir du jugement ou du dernier acte de poursuite, double résultat qui n'offre rien d'inconciliable. Autrement il faudrait admettre qu'un jugement n'aurait pas le même effet interruptif qu'une simple citation en justice, et accorder à la cause d'autant plus d'effet qu'elle a moins de puissance. Ecartons donc ce motif, particulier d'ailleurs à l'affaire soumise à la Cour de Toulouse, pour envisager la question d'un point de vue plus général.

C'est, du reste, à ce point de vue que paraît s'être placée la Cour de Toulouse lorsqu'elle considère « que l'article 1206 du Code civil, invoqué par le porteur, ne peut lui être d'aucune utilité, parce que la prescription dont il y est question, et que des poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent à l'égard de tous, doit s'entendre de celle qui convient à la nature de l'obligation commune qui lie les débiteurs. » Quelle que soit l'obscurité de ce motif, je crois qu'il recèle la véritable raison de décider.

En effet, nous avons déjà vu (1) que la solidarité des divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre n'est pas la solidarité ordinaire, en ce sens qu'ils ne sont pas tous codébiteurs d'une obligation commune, mais seulement garants ou cautions solidaires et successifs de leur obligation réciproque; en d'autres termes, que la lettre de change constitue relativement à chacun des signataires une obligation distincte et personnelle. Cela est si vrai, qu'ils ne peuvent se libérer à l'égard les uns des autres qu'en payant la totalité de la créance et non pas seulement la part qui leur incomberait s'il s'agissait d'une créance commune; et que si le créancier a le choix entre tous les coobligés, et peut poursuivre chacun d'eux, ce n'est pas précisément pour ce que chacun d'eux doit commu-

(1) Voy. *sup.*, n. 199?.

nément avec d'autres, mais pour ce que chacun d'eux doit seul et personnellement, sauf à exercer à son tour et pour le tout des poursuites semblables contre celui de ses coobligés qu'il lui plaira de choisir.

De cette différence essentielle entre la solidarité des codébiteurs d'une obligation commune et la solidarité des coobligés au payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, il résulte que l'article 1206 du Code civil ne peut être opposé à ces coobligés. Lorsque cet article dispose que les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous, il suppose évidemment qu'il s'agit de la solidarité des codébiteurs d'une oligation commune; c'est parce que l'obligation est commune et que la même chose est due par tous, que la demande formée contre l'un réagit contre les autres? c'est parce que l'obligation est commune que tous sont réputés mandataires les uns des autres, et que les poursuites faites contre l'un des mandataires opèrent contre tous les mandants.

Mais ces raisons juridiques ne se rencontrent plus lorsque les coobligés, au lieu d'être codébiteurs d'une créance commune, sont tous débiteurs d'une dette distincte et personnelle, et en même temps garants ou cautions solidaires de la dette personnelle de leurs coobligés. Le créancier ou le porteur qui agit contre l'un deux n'est pas réputé agir contre les autres, puisque le coobligé qui est poursuivi pour ce qu'il doit n'est pas poursuivi pour ce que doivent les autres; qu'il ne saurait dès lors être réputé leur mandataire, et que conséquemment il ne les représente pas. La Cour de Toulouse avait donc raison de dire que la prescription dont parle l'article 1206, doit s'entendre de celle qui convient à la nature de l'obligation *commune* qui lie les débiteurs ; et il faut décider avec cet arrêt que les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs d'une lettre de change ou de tout autre obligation transmissible par voie d'ordre, n'interrompent pas la prescription à l'égard des autres débiteurs. Cette solution se trouve confirmée par l'article 2021 du Code civil, aux termes duquel l'engagement de la caution qui s'est obligée solidairement *avec le débiteur*

se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ; d'où il faut conclure *à contrario* que l'engagement de la caution qui ne s'est pas obligée avec le débiteur, mais qui est obligée de son chef et qui n'est caution qu'accessoirement à son obligation personnelle, ne se règle pas par les mêmes principes. Or, telle est précisément la position de ceux qui sont tenus à la garantie solidaire d'une obligation transmissible par voie d'ordre (1).

2033. Nous avons vu plus haut que la demande d'intérêts contre l'un des codébiteurs fait courir les intérêts à l'égard de tous (2). C'est encore là une conséquence de l'unité de la dette et du principe que les codébiteurs solidaires sont considérés comme mandataires les uns des autres. On peut donc appliquer aux intérêts les développements qui précèdent sur la prescription.

2034. Le droit du créancier d'une obligation contractée solidairement, de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, suppose qu'aucune circonstance ne le lui a fait perdre. Ce droit peut se perdre soit par l'effet d'une circonstance personnelle au créancier qui aurait consenti à diviser son action, ou à faire remise de la dette à l'un ou à plusieurs des débiteurs; soit par une circonstance indépendante de sa volonté, comme la compensation ou la confusion, etc. Il est évident qu'il n'y a plus de solidarité vis-à-vis du débiteur dont l'obligation est modifiée ou éteinte sous l'influence d'une de ces causes. Mais c'est une question beaucoup plus compliquée que celle de savoir si les autres codébiteurs peuvent, pour se soustraire à la solidarité, se prévaloir des causes qui l'ont fait cesser relativement à un ou plusieurs de leurs coobligés.

Le principe de la solution se trouve dans une distinction indiquée par l'article 1208 du Code civil. Aux termes de cet article, le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs ; mais il ne

(1) Toullier, t. VI, n. 6, n. 703.
(2) C. civ., art. 1207. — Voy. *sup.*, n. 2023.

peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs. La difficulté consiste donc à savoir quelles sont les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation ; quelles sont celles qui sont personnelles au codébiteur poursuivi, ou communes à tous les codébiteurs ; enfin quelles sont celles qui doivent être réputées personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs.

2035. On entend par exceptions résultant de la nature de l'obligation, celles qui ont pour but d'en contester les effets solidaires, soit parce que la solidarité n'aurait pas été expressément convenue, soit parce qu'elle ne serait pas prononcée par la loi. Il est bien évident que ces exceptions appartiennent à tous les coobligés, ou du moins à tous ceux à l'égard desquels la solidarité n'aurait pas été stipulée.

2036. On entend par exceptions communes, celles dont l'effet est indivisible, qui ont pour résultat, en attaquant l'obligation dans son essence, de profiter à toutes les parties, et qui se réfèrent à la généralité de l'obligation ou à l'engagement de tous les codébiteurs.

2037. Par exceptions personnelles, au contraire, on entend celles qui proviennent d'une cause personnelle à l'un des codébiteurs et qui n'affectent que son engagement.

2038. Ainsi on doit ranger parmi les exceptions communes, celles qui sont prises soit du défaut de cause dans l'obligation, soit de ce que la cause est illicite, soit de ce que le contrat a pour objet une chose hors du commerce (1).

2039. Au contraire, l'exception prise de la violence, du dol ou de l'erreur, dont l'un des codébiteurs aurait été victime, est purement personnelle à ce débiteur, et ne peut dès lors être invoquée que par lui. Il en est de même de celle qui serait fondée sur l'incapacité de l'un des coobligés (2).

2040. La compensation de ce qui est dû à l'un des débiteurs solidaires est une exception commune à tous les autres, jusqu'à concurrence de la part et portion dont le premier est tenu envers le créancier commun. Quant à la compensation du sur-

(1) M. Duranton, t. XI, n. 220.
(2) *Ibid.*; M. Toullier, t. VI, n. 737.

plus, c'est une exception personnelle au débiteur devenu créancier, et dont les autres codébiteurs ne peuvent par conséquent se prévaloir. C'est en ce sens qu'il faut entendre la disposition finale de l'art. 1294 du Code civil, suivant laquelle le débiteur solidaire peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur (1).

2041. Il en est de même de la confusion (2). Ainsi lorsque l'un des débiteurs devient héritier du créancier, ou lorsque le créancier devient l'héritier de l'un des débiteurs, la confusion qui s'opère entre les deux qualités n'éteint la créance solidaire que jusqu'à concurrence de la part et portion du débiteur ou du créancier (3).

2042. Il en est autrement de la novation : c'est toujours une exception commune. Par la novation faite entre les créanciers et l'un des codébiteurs solidaires, dit l'art. 1281, les codébiteurs sont libérés.

2043. On doit en dire autant de la remise de la dette. La remise qui est accordée à l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres, suivant l'art. 1285, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Mais alors il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

2044. Toutefois cette règle n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'une remise volontaire; elle ne l'est plus lorsqu'il s'agit d'une remise forcée, par exemple, d'une remise accordée par un concordat en matière de faillite. Nous avons vu plus haut (4) que le créancier de plusieurs codébiteurs faillis peut se présenter dans toutes les masses et y figurer pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement (5); et que nonobstant le concordat fait avec un des débiteurs faillis, le créancier conserve son action pour la totalité de sa créance contre les coobligés non faillis.

(1) M. Toullier, n. 737; M. Duranton, t. XII, n. 429 et 430; M. Marcadé, sur les art. 1288 et 1294. — Voy. *sup.*, n. 1931, et *inf.*, ch. v, sect. IV.

(2) Voy. *inf.*, ch. v, sect. V.

(3) C. civ., art. 1209.

(4) Voy. *sup.*, n. 2020 et suiv.

(5) C. com., art. 512.

2043. Ces dispositions particulières au concordat reçoivent surtout application en matière de lettres de change et d'obligations transmissibles par voie d'ordre, en vue desquelles le législateur a principalement disposé.

Il faut de plus remarquer que lorsqu'il s'agit d'obligations de cette nature, qui sont personnelles à chacun des coobligés, et qui ne se divisent point entre eux comme les obligations solidaires proprement dites, la règle qui veut que le débiteur solidaire poursuivi par le créancier ne puisse se prévaloir que des exceptions qui lui sont personnelles, ou de celles qui sont communes à tous, acquiert une nouvelle énergie.

2043 *bis*. Mais doit-on ranger parmi les exceptions personnelles à chacun des coobligés la prescription de cinq ans établie en matière de lettres de change et de billets à ordre par l'article 189 du Code de commerce ?

Aux termes de cet article toutes actions relatives aux lettres de change, et à ceux des billets à ordre souscrits par des négociants, marchands ou banquiers ou pour faits de commerce se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé.

Il n'est pas douteux que cette prescription peut être invoquée par tous ceux qui sont obligés au paiement d'une lettre de change qui constitue toujours un acte de commerce de la part de ceux qui la souscrivent, l'endossent ou l'acceptent ; et par tous les obligés au paiement d'un billet à ordre qui, soit à raison de la nature de la dette, soit à raison de la qualité des signataires, doit être considéré comme un acte de commerce. Les obligations à ordre étant personnelles à chacun des coobligés et ne se divisant point entre eux comme les obligations solidaires proprement dites, chacun d'eux peut se prévaloir d'une prescription qui résulte de la nature de l'obligation qu'il a personnellement et directement souscrite. Il ne saurait y avoir aucune difficulté à cet égard.

Y en a-t-il davantage quand il s'agit d'un billet à ordre souscrit solidairement par un commerçant et par un non-commerçant? Et dans ces cas peut-on refuser au non-com-

merçant le droit de se prévaloir de la prescription de cinq ans qui n'est pas opposée par son coobligé commerçant? Je ne le crois pas. Sans doute l'obligation étant purement civile vis-à-vis du non-commerçant, celui-ci ne peut invoquer de son chef une prescription purement commerciale. Mais il peut l'invoquer du chef de son coobligé par application de l'article 1208 du Code civil, aux termes duquel le codébiteur poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation. Or parmi ces exceptions il faut ranger celles qui prennent leur source dans les différents modes d'extinction des obligations, puisqu'à la différence des exceptions purement personnelles qui déchargent seulement la personne du débiteur et laissent subsister la dette, elles ont pour effet d'éteindre la dette elle-même. Il est bien vrai qu'aux termes de l'article 189 du Code de commerce, le débiteur qui oppose la prescription de cinq ans est tenu, s'il en est requis, d'affirmer sous serment, qu'il n'est plus redevable, et que ce serment ne peut être requis que de celui qui est obligé commercialement et non de celui qui est obligé civilement. Mais tout ce qui résulte de là, c'est que le créancier s'il veut requérir le serment sera tenu de mettre en cause celui des débiteurs qui peut le prêter, ou qu'il devra se contenter du serment de l'obligé civilement contre lequel seul il a agi. S'il en était autrement, il serait trop facile au créancier en ne poursuivant que le débiteur obligé civilement, d'échapper à la prescription que sa négligence lui a fait encourir (1).

2045 *ter*. C'est d'ailleurs un principe fondamental, en matière de lettres de change et d'obligations à ordre, que le débiteur ne peut opposer au tiers porteur ou cessionnaire du titre aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant personnellement. Nous avons déjà expliqué la cause et les effets de cette règle avec assez d'étendue, pour n'avoir pas besoin d'y revenir ici (2).

(1) M. Alauzet, t. II, n. 1050; Cass., 8 déc. 1852, S., 52, 1, 795; et 28 mai 1866, S., 66, 1, 335. — V. en sens contraire, Bordeaux, 14 fév. 1849, S., 49, 2, 500.

(2) Voy. *sup.*, n. 1523 et suiv.

2046. Nous avons vu tout à l'heure les effets de la remise de la dette accordée à l'un des codébiteurs solidaires : il nous reste à voir les effets de la remise ou décharge qui ne s'applique qu'à la solidarité.

Dans l'ancien droit, des auteurs pensaient que la remise même tacite de la solidarité, faite en faveur de l'un des débiteurs, opérait l'extinction de la solidarité au profit des autres. Cette opinion se fondait sur la loi 18 au Code *De pactis* qui, en effet, est formelle : *Pactum tacitum divisionis uni ex debitoribus in solidum obligatis factum, cæteris etiam absentibus et ignorantibus prodest* (1). D'autres auteurs pensaient, au contraire, et avec plus de raison, qu'on peut renoncer au bénéfice de la solidarité relativement à l'un des débiteurs, sans vouloir pour cela y renoncer à l'égard des autres; qu'il n'y a aucun lien nécessaire entre ces deux intentions; et qu'une convention faite avec un débiteur pour le décharger de la solidarité, ne peut profiter aux autres qui n'y ont pas été parties (2). C'est ce dernier système qui a été adopté par l'article 1210 du Code civil, aux termes duquel le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres.

La décharge de la solidarité peut avoir lieu, soit au moyen d'une convention particulière et alors même que le débiteur auquel elle est accordée ne paye actuellement rien et reste débiteur de sa part dans la créance totale; soit par le payement fait au créancier de la part de l'un des débiteurs, sans que ce créancier ait réservé dans la quittance la solidarité ou ses droits en général. Toutefois, le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*. Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation (3).

(1) Bartole, sur cette loi; Basnage, sur Normandie, art. 21; Du Rousseaud de Lacombe, v° *Solidarité*.
(2) Pothier, n. 278.
(3) C. civ., art. 1211. Pothier, n. 277.

Si le débiteur n'a été déchargé de la solidarité que moyennant le payement de sa part dans la dette, le créancier ne conserve son action solidaire contre les autres codébiteurs, que déduction faite de cette part qui ne lui est plus due (1). Si, au contraire, en déchargeant le débiteur de la solidarité, le créancier n'a rien reçu, il conserve sans restriction et pour le tout son action solidaire contre les autres codébiteurs, et une action partielle contre le débiteur déchargé (2).

2047. La renonciation à la solidarité peut avoir lieu non-seulement pour le capital, mais encore pour les arrérages ou les intérêts de la dette, et cette renonciation peut aussi résulter de la réception sans réserves de la part de l'un des débiteurs dans ces intérêts. Mais dans ce cas, le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir ni pour le capital, à moins que le payement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs (3). Autrefois, cette sorte de prescription ne s'opérait que par un payement divisé pendant trente années consécutives (4).

2048. Jusqu'ici nous ne nous sommes occupé des effets de la solidarité qu'en ce qui touche l'action du créancier contre les débiteurs ou les coobligés, et les exceptions que ces débiteurs peuvent opposer au créancier. Nous allons maintenant voir quels sont les droits et les actions des débiteurs les uns contre les autres.

2049. Dans leurs rapports respectifs, les codébiteurs solidaires d'une même dette étant en quelque sorte réputés associés les uns des autres, et s'être réciproquement donné le mandat de payer l'un pour l'autre, il en résulte que le débiteur qui a payé, a un recours contre ses mandants pour le profit qu'il a procuré à chacun d'eux, c'est-à-dire pour la part à raison de laquelle chaque débiteur est intéressé dans la dette

(1) C. civ., art. 1210.
(2) Duranton, t. XI, n. 231.
(3) C. civ., art. 1212.
(4) Pothier, n. 279.

commune. De là, cette règle de l'article 1213 que l'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion ; et la faculté accordée par l'article 1214 au débiteur qui a payé en entier une dette solidaire, de recourir contre ses codébiteurs, mais seulement pour la part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouvait insolvable, la perte qu'occasionnerait son insolvabilité se répartirait, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui aurait fait le payement.

2050. Si la dette est payable en plusieurs termes, il n'est pas douteux que le débiteur qui a payé l'un de ces termes a un recours contre ses codébiteurs pour qu'ils aient à lui rembourser leur part dans ce qu'il a payé, alors même que le terme payé n'excéderait pas la part du débiteur dans la dette totale : chaque terme forme une dette distincte.

2051. Il n'est pas douteux non plus que, lorsque la dette est exigible en totalité, et qu'un débiteur en a payé une partie excédant sa part dans la créance totale, il a recours contre ses codébiteurs. Mais quelquefois il peut y avoir difficulté sur la manière dont le recours doit être exercé.

Supposons une créance totale de 24,000 fr. ayant trois débiteurs, dont la part virile est conséquemment de 8,000. L'un d'eux paye 18,000 fr. au créancier. Peut-il recourir contre chacun des codébiteurs pour les contraindre à lui payer chacun un tiers de 18,000 fr., soit 6,000 fr.? ou ne le pourra-t-il que pour ce qui, dans la somme de 18,000 fr., excède celle de 8,000 fr. formant sa part dans la créance totale, soit pour 5,000 fr. chacun? Je crois qu'il peut leur demander 6,000 fr. En payant 18,000 fr. sur 24,000, il a fait l'affaire de ses codébiteurs dans la même proportion qu'il a fait la sienne propre, puisqu'il les représentait tous les deux, et que le payement fait par lui seul équivalait au payement que tous auraient fait en commun. Il les a libérés de 6,000 fr. chacun, c'est donc 6,000 fr. que chacun lui doit (1).

(1) Duranton, t. XI, n. 245.

Il suit de là que si l'un des débiteurs avait payé une somme égale à sa part, sans que ce payement eût été accompagné d'une décharge de la solidarité, il pourrait encore recourir contre ses codébiteurs, pour se faire rembourser de leur part proportionnelle dans la somme payée.

2052. Le débiteur qui a payé a droit non-seulement au remboursement de la part de ses coobligés dans le capital, mais aussi aux intérêts de la part que chacun d'eux doit supporter dans la dette commune. Le débiteur qui a payé n'est qu'un mandataire, et on sait que le mandataire a droit aux intérêts de ses avances à compter du jour où elles ont été faites (1).

2053. On s'est demandé si le débiteur à qui une remise a été faite a une action contre ses codébiteurs comme s'il eût payé (2). Pour résoudre cette question, il faut d'abord remarquer qu'une remise pure et simple, tout en profitant aux autres débiteurs, ne les libère pas. Le créancier ne peut, il est vrai, agir contre eux que sous la déduction de la part de celui auquel la remise a été faite; mais, en définitive, leur part proportionnelle dans la dette commune reste toujours la même, puisque si de trois débiteurs l'un est libéré par une remise, les deux tiers de la créance pour lesquels le créancier conserve son action contre les deux autres débiteurs se divisant entre eux, l'un et l'autre restent toujours débiteurs d'un tiers. Dans cette hypothèse, celui à qui une remise a été faite ne peut donc recourir contre ses codébiteurs qu'il n'a libérés ni en tout ni en partie, et qui, par conséquent, ne lui doivent rien.

Si, au contraire, la remise n'avait pas été pure et simple; si elle avait été le résultat d'arrangement particulier entre le créancier et le débiteur; si, en un mot, elle était faite à titre onéreux, et n'avait pas pour résultat de décharger de la solidarité pour le surplus le débiteur auquel elle aurait été accordée pour sa part, alors celui-ci pourrait recourir contre les co-

(1) C. civ., art. 2001. — Voy. *sup.*, n. 1697.
(2) Duranton, t. XI, n. 227.

débiteurs, parce que ce qui resterait dû se diviserait encore entre eux tous, et non pas seulement entre ceux qui seraient restés étrangers à la remise.

2054. Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des créanciers (1), si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables est contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux qui ont précédemment été déchargés de la solidarité (2) ; c'est-à-dire que le créancier ne conserve son action solidaire contre les débiteurs non déchargés que sous la déduction des portions contributoires des débiteurs déchargés, portion dont les premiers cessent d'être tenus parce que, par le fait du créancier, ils ne peuvent plus avoir à cet égard de recours à exercer contre les seconds (3).

2055. Les règles qui viennent d'être exposées sur les effets de la solidarité entre les coobligés, sont uniquement relatives à la solidarité proprement dite, c'est-à-dire à la solidarité des codébiteurs d'une dette unique qui se divise entre eux tous par égales portions, et qui les concerne tous également et au même titre. Si, au contraire, l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs qui ne seraient tenus par rapport à lui que comme ses cautions (4). Cette exception reçoit une application directe, en matière commerciale, à la solidarité des divers coobligés au payement d'une lettre de change ou autre obligation à ordre. Si le porteur a exercé un recours contre l'un des endosseurs ou contre tous, celui qui a payé a un recours contre tous ceux qui le précèdent, non pour la part virile de chacun d'eux, mais pour la totalité, parce qu'il y a en définitive autant de dettes que d'obligés, et que remontant ainsi d'endosseur à endosseur, le dernier n'a recours que con-

(1) Voy. *sup.*, n. 2046.

(2) C. civ., art. 1215.

(3) Pothier, n. 275; Toullier, t. VI, n. 739; Duranton, t. XI, n. 231. — Voy. cependant Marcadé, sur l'art. 1215.

(4) C. civ., art. 1216.

tre le tireur ou souscripteur, lequel n'a de recours contre personne, à moins qu'il n'y ait un donneur d'ordre qui, en sa qualité de mandant, doit indemniser son mandataire de toutes les sommes que celui-ci a déboursées pour l'accomplissement de son mandat.

2056. Il suit de là que chacun des coobligés au payement d'une obligation à ordre, étant débiteur de la totalité envers tous les endosseurs subséquents auxquels il doit garantie, le créancier qui fait remise de la dette à l'un de ses garants solidaires ne change rien à sa position ni à ses droits vis-à-vis des autres, et qu'il peut par conséquent les poursuivre encore pour la totalité, sans déduction de la part de celui à qui la remise a été faite : puisque la dette ne se divise pas entre les coobligés, la remise faite à l'un ne profite pas aux autres (1).

2057. De même, dans le cas où il y a renonciation à la solidarité vis-à-vis de l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres coobligés deviennent insolvables, il n'y a lieu à aucune répartition de la part des insolvables, puisqu'il n'y a point de parts : l'insolvabilité ne préjudicie qu'à ceux qui ont les insolvables pour débiteurs ou garants solidaires (2).

2058. Les règles sur les effets de la solidarité entre les coobligés se modifient encore d'une manière beaucoup plus générale dans le cas de faillite de tous ou de quelques-uns des débiteurs solidaires.

On a déjà vu que le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, participe aux distributions dans toutes les masses et y figure pour la valeur nominale de son titre, jusqu'à parfait payement ; et j'ai expliqué comment cette disposition de l'article 542 du Code de commerce était le résultat combiné de la solidarité, des principes en matière de dividende et des nécessités du crédit (3). Il reste à savoir quelle est la position respective des coobligés faillis qui tous

(1) Voy. *sup.*, n. 2053.
(2) Voy. *sup.*, n. 2054.
(3) Voy. *sup.*, n. 2020 et suiv.

ont payé un dividende au créancier, et s'ils ont un recours à exercer les uns contre les autres, soit en vertu de l'article 1213 du Code civil, s'il s'agit d'engagements ordinaires, soit en vertu des règles particulières à la garantie successive des endosseurs, s'il s'agit d'obligations à ordre. Ce point, qui est resté longtemps douteux, est aujourd'hui réglé par l'article 543 du Code de commerce, aux termes duquel aucun recours pour raison des dividendes payés n'est ouvert aux faillites des coobligés les unes contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient les faillites excède le montant total de la créance, en principal et accessoires, auquel cas cet excédant doit être dévolu suivant l'ordre des engagements à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants.

Si donc de deux coobligés solidaires, tous les deux en état de faillite, l'un me paye 25 p. 100 de dividendes et l'autre 75, celui qui a payé 75 n'a aucun recours contre celui qui n'a payé que 25. La raison en est que chaque dividende représentant la créance totale pour la faillite qui l'a payé, celle qui a payé 75 n'a pas plus payé que celle qui a payé 25, puisque 25 représentent 100 dans une faillite, de même que 75 représentent 100 dans l'autre.

Et il en est ainsi non-seulement au cas où le recours du coobligé serait fondé sur une obligation de garantie résultant des termes du droit commun, mais encore dans le cas où ce recours est fondé sur une convention particulière, la raison de décider étant la même dans l'un et l'autre cas (1).

Il suit de ce qui précède que si de deux coobligés solidaires un seul est en état de faillite, le non-failli n'a contre le failli qui a payé un dividende proportionnel, représentant la créance totale, aucun recours à exercer pour les sommes qu'il aurait été lui-même obligé de payer en sus de sa part (2).

2059. Du reste, il faut bien remarquer que la disposition de l'article 543, qui interdit tout recours des coobligés faillis les uns contre les autres, à raison des dividendes payés, n'in-

(1) Cass.. 14 mars 1853, S., 53, 1, 356.
(2) M. Renouard, t. II, p. 181, 2e édit.

terdit le recours qu'entre ceux qui ont payé, et non de la part de ceux qui ont payé un dividende contre ceux qui n'en ont pas payé. Cette distinction, qui résulte clairement des termes de l'article 543 combiné avec ceux de l'article 542 qui le précède, est d'ailleurs fondée sur la nature des choses.

On sait en effet que, d'après l'art. 542, le porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés solidaires qui sont en état de faillite, participe aux distributions dans toutes les masses, et y figure pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement; et qu'ainsi le créancier qui a deux codébiteurs solidaires tombés en faillite, dont l'un donne à ses créanciers 25 p. 100, et l'autre 75, peut se présenter dans les deux masses, prendre dans l'une 25, dans l'autre 75, et de cette manière se trouver payé en totalité. C'est à cette hypothèse que s'applique l'article 543, qui n'a pas voulu que la masse qui avait payé 75 pût exercer un recours contre celle qui n'avait payé que 25, parce qu'on ne pourrait admettre un recours contre une masse, à raison d'une créance pour laquelle elle a payé un dividende qui en est la représentation, sans faire ainsi figurer deux fois la même créance dans la même masse, et forcer cette masse à acquitter deux fois la même dette.

La disposition prohibitive du recours des coobligés les uns contre les autres, à raison des dividendes que tous ont payé pour la même créance, repose donc sur ce principe que le dividende représente la totalité de la créance pour laquelle il est alloué; de telle sorte que celui qui a payé ce dividende est libéré, et qu'il ne doit plus rien ni à ses codébiteurs solidaires qui ont payé un dividende plus considérable, ni à ses cautions qui ont payé un dividende à sa décharge.

De là il suit que cette disposition ne saurait être applicable au cas où celui qui a payé un dividende exerce un recours contre son coobligé ou son garant, failli ou non failli, peu importe, qui n'a encore rien payé; car si le porteur d'une lettre de change, par exemple, usant du droit qui lui appartient de s'adresser à l'un des coobligés plutôt qu'à un autre, se fait payer par l'un de ceux qui ont d'autres coobligés pour

garants, on ne voit pas pourquoi celui qui a payé ne pourrait pas recourir contre ses coobligés ou garants en faillite, alors que ceux-ci n'ont encore rien payé au créancier qui ne s'est pas présenté pour figurer à leur masse. L'article 543 ne fait aucun obstacle à ce recours, parce qu'il n'a eu et n'a pu avoir pour but que de proscrire un recours entre ceux qui, ayant payé, sont dans une position égale, et non de la part de ceux qui ont payé contre ceux qui n'ont pas payé.

A plus forte raison, les coobligés faillis ou non faillis, qui ont payé, ont-ils un recours contre la faillite de leur coobligé ou de leur garant, lorsque, d'après la nature du contrat, le créancier n'avait lui-même aucune action contre ce coobligé. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas où le porteur d'une lettre de change s'étant présenté dans la faillite du tireur pour compte et de l'accepteur, ses codébiteurs solidaires, ceux-ci prétendent à un recours contre le donneur d'ordre. Le porteur, n'ayant aucune action directe contre le donneur d'ordre, a dû nécessairement agir contre l'accepteur et le tireur, qui n'ont été tenus de payer qu'en qualité de représentants et de mandataires du donneur d'ordre, lequel doit les relever des dépenses qu'ils ont été obligés de faire pour l'exécution du mandat qui leur a été donné. La faillite des uns ou des autres ne change rien à cet état de choses.

2060. Il y a encore lieu au recours des coobligés faillis les uns contre les autres, lorsque la réunion des dividendes que donnent ces faillites excède le montant total de la créance en principal et accessoires.

2061. S'il s'agit de codébiteurs soumis à la solidarité ordinaire et proprement dite, entre lesquels se divise la dette, cet excédant, de même que ce qui pourrait être dû par un coobligé non failli qui n'aurait rien payé au créancier, se divise entre eux tous, comme la créance elle-même se fût divisée si, payée par l'un d'eux, ils eussent été soumis à son recours : ils prennent part au partage de la somme à laquelle tous ont un droit égal dans la proportion où ils auraient contribué à rembourser celui d'entre eux qui aurait payé la totalité (1).

(1) M. Renouard, t. II, p. 182 et 183, 2e édit.

2062. Si, au contraire, il s'agit de coobligés solidaires qui sont garants successifs les uns des autres, comme en matière d'obligations à ordre, la question se complique. Dans ce cas, aux termes de l'article 543, l'excédant est dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants. Ceci demande quelques explications.

Il y a plusieurs ordres de coobligés parmi ceux qui sont tenus au payement d'une lettre de change : le tireur qui est obligé, sans avoir recours contre personne, à moins qu'il n'y ait un donneur d'ordre, auquel cas il y a un recours contre le donneur d'ordre et contre l'accepteur qui s'est rendu débiteur direct de la lettre à l'égard de tous les intéressés; l'accepteur qui, lorsqu'il n'a pas de provision, a un recours contre le tireur, ou quand c'est un tireur pour compte, contre le donneur d'ordre; enfin, les endosseurs qui ont un recours à la fois contre le tireur et contre l'accepteur, et en même temps contre tous les endosseurs qui les précèdent.

De là il suit que, si l'excédant se trouve dans la faillite du tireur, ou de l'accepteur, ou d'un endosseur, le dernier des endosseurs, qui a tous les autres pour garants, profite de cet excédant; que si les endosseurs sont restés en dehors et si l'excédant se trouve dans la faillite du tireur, cet excédant revient à l'accepteur qui n'avait pas provision; et que si l'excédant se trouve dans la faillite de l'accepteur qui avait provision, cet excédant appartient au tireur (1).

Mais il y a plus de difficulté pour régler le recours des faillites du tireur pour compte et de l'accepteur contre le donneur d'ordre.

Quand le tireur pour compte seul a payé, il a un recours nécessaire contre le donneur d'ordre, dont il est le mandataire, et qui n'a rien payé au porteur, lequel n'avait contre lui aucune action directe (2).

Quand l'accepteur seul a payé, sans avoir provision, il a un recours contre le donneur d'ordre qui était tenu de faire la

(1) M. Renouard, t. II, p. 182; M. Lainné, p. 352.
(2) Voy. *sup.*, n. 2059.

provision et qui doit le garantir des suites de son acceptation.

Mais quand le tireur pour compte et l'accepteur ont l'un et l'autre payé un dividende, ont-ils tous les deux un recours contre la faillite du donneur d'ordre ?

La Cour de cassation a jugé (1) que le tireur et l'accepteur d'une lettre de change pour compte d'autrui doivent, lorsqu'ils ont concouru l'un et l'autre au payement de la lettre de change, être admis concurremment et au *prorata* de ce qu'ils ont payé dans la faillite de celui par l'ordre et pour le compte duquel la lettre a été tirée.

M. Pardessus (2) pense, au contraire, que le tireur pour compte a seul le droit d'être remboursé par le donneur d'ordre, et que l'accepteur n'a rien à prétendre. Cet auteur se fonde sur ce que l'acceptation suppose la provision, non-seulement vis-à-vis des endosseurs, mais encore à l'égard du tireur pour compte, qui est assimilé à un endosseur, et envers lequel l'accepteur est tenu à la garantie du payement de la lettre ; d'où il suit qu'il ne peut y avoir aucune concurrence entre le tireur pour compte et l'accepteur qui est son débiteur. C'est cette dernière opinion qui me paraît devoir être préférée.

2063. Tels sont les principaux effets de la solidarité entre les codébiteurs ou coobligés. Leur exposition complète les développements un peu étendus qu'exigeait la matière si difficile et cependant si usuelle de la solidarité, et termine le chapitre *Des diverses espèces d'obligations*.

(1) Arrêts des 27 août 1832, S., 32, 1, 561; et 23 décembre 1834, *ibid.*, 35, 1, 198.

(2) *Droit commercial*, n. 1255.

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

Le chiffre indique la page.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

CORBEIL. — Typ. et stér. de CRÉTÉ FILS.

